Jur 3399

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT

9

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber

# die gerichtlichen Klagen,

besonders

in Streitigkeiten

# der Landeigenthümer,

von

D. Wolfgang Heinrich Puchta,

königl. bayerischem Landrichter in Erlangen.

Gießen 1833,

Verlag von B. C. Ferber.

Digitized by Google

BIBLIOTHÈQUE
DE L'UNIVERSITÉ
DE GAND.

Digitized by Google

# Vorwort.

Nach dem, was über Veranlassung, Zweck und Plan des Buches in der Einleitung schon gesagt worden, kann es kaum mehr einer Vorrede bedürfen. Dasselbe hat sich gegen die anfängliche Absicht des Verfassers unter der Ausarbeitung erweitert, und dieses wäre, ungeachtet der Reichhaltigkeit des Gegenstandes, allerdings zu vermeiden gewesen, hätte bei der Darstellung des den behandelten Klagen zum Grunde liegenden Rechtsstoffes der Verf. hie und da wenigstens sich kürzer fassen wollen. Er überzeugte sich aber bei der Arbeit selbst immer mehr, daß nur die gewählte Methode zu einer vollständigen Auffassung der Bedingungen eines Klagrechts und der Vertheidigungsmittel dagegen führe, also durch den Zweck der Schrift selbst geboten sey, die keine bloße Anleitung zur Practik bei der Klagstellung seyn soll.

Vielleicht daß diese Art der Behandlung — sey es auch nur der Vorstellung wegen, daß der

Autor, da er selbst Practiker ist, und am Ende oder doch im letzten Stadium einer langen practischen Laufbahn Zeugniß gibt, weder als Zeuge in eigener Sache, noch als Neuling in der Erkenntniß dessen, was uns im Geschäftsleben noth thut, erscheint, — auch dazu dient, diesen oder jenen Practiker in dem Urtheile darüber, was von dem in der Schule Gelehrten noch für das Leben tauge oder nicht, wenigstens behutsamer zu machen. Wäre dieß, und auch durch diese Schrift zu der Ueberzeugung beigetragen, daß ohne vertraute Bekanntschaft mit der Theorie und ohne fortgesetztes Studium eine Praxis von der rechten Art so wenig denkbar sey, als eine Formgebung ohne Materie, so würde der Verf. dieses nicht für das Letzte in der Verdienstlichkeit halten, die er zu erstreben suchte, und er würde darum auch auf Nachsicht rechnen, wenn er sich, bloß seinen eigenen Ansichten und Erfahrungen von den Bedürfnissen des Rechtsgeschäftsmannes vielleicht mit zu viel Zuversicht folgend, etwa hin und wieder einer kleinen Ausschweifung schuldig gemacht haben sollte.

Erlangen am 24. März 1833.

Digitized by Google

# Inhalt.

## Einleitung.

Ueber den Zweck und das practische Interesse der Abhandlung §. 1—12. . . . . Seite 1

## Erster Abschnitt.

### Das Klagensystem überhaupt.

Erstes Kapitel. Begriff und Bestandtheile einer Klage §. 13. 14. . . . . 33
Zweites Kapitel. Arten der Klagen §. 15—28. . 38
Drittes Kapitel. Von der Concurrenz und Cumulation der Klagen §. 29—33. . . . . 66
Viertes Kapitel. Aufhebung der Klagen §. 34—44. 77

## Zweiter Abschnitt.

### Klagen zum Schutze des Besitzrechts.

Erstes Kapitel. Ueber possessorische Klagen überhaupt §. 45—51. . . . . 105
Zweites Kapitel. Schutz des Besitzes an körperlichen Sachen, insonderheit gegen Störungen §. 52—58. 122
Drittes Kapitel. Schutz des Besitzes gegen Entsetzungen oder Klagen auf Wiedererlangung des verlornen Besitzes §. 59—64. . . . . 143
Viertes Kapitel. Vom Schutze des Besitzes an unkörperlichen Sachen §. 65. . . . . 166

Digitized by Google

## Dritter Abschnitt.

### Klagen aus dinglichen Rechten.

Seite

Erstes Kapitel. Klagen aus dem Eigenthum §. 67—80. 170
Zweites Kapitel. Klagen aus röm. Servituten §. 81—93. 204
Drittes Kapitel. Klagen aus deutschrechtl. Servituten und aus servitutähnlichen Rechten überhaupt §. 94—106. . . . . 249
Viertes Kapitel. Von Reallasten und den daraus entstehenden Klagen §. 107—116. . . . . 275
Fünftes Kapitel. Klagen aus der röm. Emphyteuse §. 117. . . . . 317
Sechstes Kapitel. Klagen aus dem Pfandrecht §. 118—125. . . . . 319

## Vierter Abschnitt.

### Persönliche oder zum Schutze von Obligationen dienende Klagen.

Erstes Kapitel. Klagen aus Verträgen und vertragähnlichen Verhältnissen §. 128—140. . . . . 354
Zweites Kapitel. Klagen aus widerrechtlichen Handlungen (vera et quasi delicta) auf Schadensersatz §. 141—153. . . . . 398
Drittes Kapitel. Rechtsmittel zur Schadensabwendung und zur Sicherung der Ersatzleistung §. 154.—160. 433
Viertes Kapitel. Klagen aus Obligationen, die unmittelbar durch das Gesetz der Billigkeit wegen begründet sind §. 161—164. . . . . 457
Fünftes Kapitel. Klagen zum Schutz öffentlicher Rechte, besonders so weit sie das Vermögen angehen §. 165—168. . . . . 469

Digitized by Google

## Verbesserungen.

Seite 14. Zeile 4. von unten lies inquiratis.
— 28. — 11. l. die statt der
— 55. — 3. ist nach commodati noch depositi —,
— — — 5. nach tutelae noch negotior. gestor. einzuschalten.
— 94. — 1. v. u. l. 29. st. 20.
— 100. — 3. v. u. l. 40. st. 14.
— 103. — — Note f. l. 3. st. 7.
— 107. — — — o. l. L. 3. st. L. 2.
— 111. — — — v. l. L. 3. st. L. 1.
— 121. — 8. v. u. l. keines st. keine
— 133. — 6. v. u. l. Bürgen
— 142. — 2. l. vorbehalten
— 200. — — Note k. l. (23, 5.) st. (23, 4.)
— 290. — 3. l. Colonat st. Colonal.
— 317. — 9. del. verbá: zum Schlusse dieses Kapitels
— 321. — 14. l. die st. der
— 478. — 5. u. 6. v. u. ist statt der Worte: der actio etc. bis: clam zu setzen: auch mit der allgemeinen Schadensklage (actio in factum) gerichtlich

Nach Seite 331 ist eine falsche Seitenzahl zu verbessern.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Einleitung.

## Ueber den Zweck und das practische Interesse der Abhandlung.

### §. 1.

**Nothwendigkeit einer wissenschaftlichen Grundlage der Praxis, besonders bei dem Gebrauch der Klagmittel.**

Der Uebergang von der Lehre in das Leben, von dem academischen Studium der Rechtswissenschaft in die Praxis, erfolgt bei Vielen mit der Vorstellung, daß man nun ein Gebiet betrete, in welchem ein großer Theil des bisher Gelernten nicht mehr von Gebrauch sey. Man betrachtet das theoretische Studium auf der Universität seinem hauptsächlichen Zwecke nach gleichsam nur als die Legitimation der Zunftgenossenschaft oder auch als den Reisepaß aus dem Lande der Theorien in das der Praxis, der weiter von keinem Gebrauch mehr ist, sobald man die Grenzstation der Prüfung zum Staatsdienste zurückgelegt hat, und höchstens hält man die Erhaltung dessen, was man wissenschaftliche Bildung nennt, soweit für nöthig, als man ausserdem auch die Fertigkeit verlieren könnte, in vorkommenden Fällen durch Nachschlagen in Compendien und Heften sich allenfalls Raths zu er-



Digitized by Google

holen. Hat das Land, in welchem der angehende Rechtsgeschäftsmann von seiner Jurisprudenz Gebrauch machen will, vollends ein einheimisches Gesetzbuch, also in der Muttersprache, wer sollte sich da noch um das römische und canonische Recht und seine Spitzfindigkeiten bekümmern? Das in der Rechtsschule Gelernte, so meint man, oder zeigt es doch in seinem ganzen Benehmen, daß man nicht anders meint, schickt sich jetzt so wenig mehr für den Practiker, als die Studententracht für den Mann im Amte. Die Pandecten haben daher mit dem Burschenrock gleiches Schicksal; sie werden bei Seite gelegt. Vielleicht sind sie beide gleich durchlöchert, also daß über ihre Beibehaltung oder Ablegung weiter nicht viel Fragens seyn kann. Hierzu kommt, daß manche von unsern jungen Juristen bei Betretung der practischen Laufbahn leider nicht unter die Anleitung von Männern kommen, die sie eines Bessern belehrten. Im Gegentheil sind manche alte Practiker nur zu geneigt, was sie freilich selbst nicht mehr wissen, bei Andern herabzusetzen. Der alte Herr Justizrath müßte sich ja vor dem Candidaten schämen, wenn er gestehen wollte, daß das noch brauchbar sey, was er längst vergessen hat, wäre es auch nichts weiter als der Unterschied zwischen der rei vindicatio und der actio publiciana. Wie leicht wird es nun der junge Geschäftsmann über sich gewinnen, die graue Theorie gegen des Lebens goldnen Baum, unter dem sich sein Führer so behaglich befindet, auszutauschen, und die Lehre von dem interdictum uti possidetis mit dem, was er von einer lis vindiciarum gehört hat, unter das alte Eisen zu werfen!

Diese, freilich thörichte und ungeschickte, Würdigung der Wissenschaft nach dem Eintritt in die Praxis, und das gänzliche Verkennen des Satzes, daß zwar die Theorie, von der sich, es sey nun unmittelbar oder mittel-

Digitized by Google

bar, keine Anwendung für das Leben machen läßt, hohl und unfruchtbar, die Praxis ohne wissenschaftliche Grundlage aber ganz bodenlos ist, ist leider allgemeiner als man denken sollte; man findet dazu Belege bei dem geringsten Patrimonialgericht auf einem Dorfe eben so, wie bei dem obersten Gerichtshof in der Residenz. Aber es zeigen sich auch die Folgen hievon in der bemerkbaren Seichtigkeit und Ungründlichkeit so vieler unserer Richter und Advocaten, besonders bei der Einleitung und Entscheidung der Civilrechtsstreitigkeiten. Und freilich ohne vollständige Kenntniß der Gesetze in ihrem Wesen und Zusammenhang, ohne exegetische und dogmatische Festigkeit in dem Gebiete der Rechtswissenschaft, mit einem Worte, ohne gründliche Jurisprudenz wird der Sachwalter bei der Wahl der Klagen und dem Auffinden der passenden Einreden eben so unbehülflich sich anstellen, und allenthalben Verlegenheit verrathen, als der Richter bei der Leitung des Verfahrens nach der Rechtsordnung und bei der Auffindung der richtigen Gründe seiner Entscheidung. Daß aber für diesen trostlosen Zustand dem so von sich selbst verlassenen Practiker das mühsamste Nachschlagen und Blättern in Compendien, Promtuarien und Heften keine Hülfe gewährt, vielmehr das Labyrinth der Verlegenheiten nur noch undurchdringlicher macht, mag wohl mancher, von dem das Gesagte gilt, an sich selbst erfahren haben.

## §. 2.

### Fortsetzung.

Wie nothwendig gründliche Rechtskenntniß für den Rechtsgeschäftsmann, also die Erhaltung des in der Schule Gelernten im practischen Leben sey, zeigt sich nirgends mehr als bei der Anstellung einer Klage,

theils an und für sich, da es hier durchaus nicht auf den s. g. gesunden Menschenverstand und auf empirisches Wissen allein, sondern schlechterdings auf wissenschaftliche Kenntniß des Rechts ankommt, theils in ihren Folgen, indem die Klage das Fundament des ganzen Prozesses ist. „Die Sentenz soll dem Libelle conform seyn"; der Richter kann nicht mehr und nichts anderes zuerkennen, als was der Kläger gebeten hat. Soll daher unter den mancherlei Beziehungen, unter welchen vielleicht das Streitverhältniß mit dem Gegner sich darstellen läßt, gerade diejenige hervorgehoben und geltend gemacht werden, die dem Kläger nach gesetzlichen Bestimmungen die vortheilhafteste ist, so muß er nothwendig alle gesetzliche Bestimmungen kennen, die nach den verschiedenen Gestaltungen des Factums anwendbar sind. Denn darnach muß er sich bei der Darstellung des Sachverhältnisses achten; er muß die vortheilhafteste Seite geltend machen. Dieß heißt denn aber eben die zweckmäßigste Klage wählen. Thut dieß der Kläger nicht, so kann er sich den Weg zum Ziele verlängern, diesen vielleicht gar verfehlen. — Davon scheint man aber in unsern Tagen eine andere Vorstellung zu haben, und der Grund hievon kann nur in der eben gerügten Vernachlässigung der Rechtsgelehrsamkeit gefunden werden. Wie viele unserer jetzigen Rechtspractiker haben noch Lust bei der Wahl unter den verschiedenen Klagen sich den Kopf zu zerbrechen? Man klagt kurzweg auf Schadensersatz, und glaubt alles gethan zu haben, wenn man nur das Factum der Schadenszufügung erzählt und dieser Erzählung das Petitum um Verurtheilung des Beklagten anhängt. Ob es die actio legis aquiliae, de pauperie, de pastu ist, u. s. w. mit andern Worten: ob das Rechtsverhältniß gegen den Beklagten in dieser oder einer andern Form sich darstellt, deren Geltendmachung nur

Digitized by Google

unter gewissen Modificationen *a*) zulässig ist, oder auch sonst mehr oder weniger Schwierigkeiten darbietet, — wer fragt darnach? So darf man sich nicht wundern, wenn es bei einer so jämmerlichen Praxis für das ganze Obligationenrecht nicht viel mehr als zwei bis drei Klagarten gibt, die gewöhnlich auf den Klagschriften mit: pto debiti, pto indemnisationis u. s. w. angedeutet werden. Bequem ist es allerdings; es mag auch seyn, daß der s. g. gesunde Menschenverstand, der überhaupt so manche Blöße in der Doctrin bedecken muß, nichts dagegen einzuwenden hat, aber juristisch ist es wenigstens nicht.

Es war einst Sitte, daß der in Civilsachen erkennende Richter bei Ausarbeitung der Gründe seines Erkenntnisses sich quoad materialia vor allen folgende Fragen zur Beantwortung vorlegte: 1) quaenam actio sit instituta? — 2) actio an sit fundata *b*)? — 3) an sit probata? — 4) an per exceptiones elisa? Denn daß hierauf die ganze Entscheidung als auf ihren Grund- und Strebepfeilern beruhe, daran zweifelte man nicht. Ob dieß jetzt, wo an die Stelle der steifen rationes dubitandi et decidendi, (denen man übrigens immerhin salva snbstantia eine bessere Form hätte geben kön-

---

*a*) Wie z. B. die noxae deditio des Schaden bringenden Thiers nur bei der actio de pauperie, nicht aber bei der a. de pastu Statt findet u. s. w.

*b*) D. h. an sich, also auch abgesehen von der Wahrheit der Thatsachen für den bezielten Zweck rechtlich tauglich, — oder steht ihr vielleicht von vorn herein die exceptio non fundatae intentionis, non competentis actionis entgegen? Z. B. Die actio mutui wäre gegen den dritten Besitzer der für das Darlehen bestellten Hypothek angestellt, der gleichwohl nicht Schuldner des Klägers geworden.

Digitized by Google

nen) die gefälligern Considerants getreten sind, noch beobachtet wird, mag die Praxis mit ihren Resultaten beantworten. Ferner: ehedem hat man es mit dem Allegiren von Autoritäten bis zum Uebermaß getrieben, und dieß war allerdings ein Mißbrauch, wiewohl der Advocat oder Richter, dem dieser Vorwurf gemacht werden konnte, doch wenigstens noch einiges Interesse an der Doctrin zeigte; er mußte doch die für seine Behauptung angeführten Stryk, Lauterbach, Leyser aufschlagen und lesen. Jetzt begnügt man sich, besonders in Ländern, wo man es durch den Besitz eines Gesetzbuchs zu einem „jus certum" gebracht hat, oder zu haben glaubt, mit dem Allegat aus diesem. Das wäre nun an sich auch recht und gut, wenn sich nur für die bestrittene Rechtsfrage in diesem s. g. jus certum immer eben so die bereite Entscheidung fände, wie man Elle, Gewicht und Wage für Gegenstände des Maßes und Gewichts findet. Kommt es nun aber etwa auf analoge Festsetzungen an, so bleibt ja doch nichts anders übrig, als die Jurisprudenz und die Unterstützung s. g. bewährter Rechtsgelehrten, will anders der Mann es nicht darauf ankommen lassen, daß man seiner selbst geschaffenen Theorie schon Glauben schenken werde. Ob sich der sichtbare Mangel an Interesse für die Jurisprudenz (ich meine die im eigentlichen Sinne des Worts, nicht die, welche nach Form und Inhalt der Staats- und Völkerrechts-Wissenschaft so vieler unserer modernen Journalisten gleicht, vor welchen die Bentham, Pütter, Schlözer als bloße Pedanten erscheinen) nicht auch durch das selbst vielen unserer Justizmänner eigene Drängen nach neuen Gesetzbüchern verräth, bei deren Einführung man ein neues Leben auch mit seiner eigenen Rechtsgelehrsamkeit beginnen zu können meint, mag hier dahin gestellt seyn. Es ist indessen kaum zu erwarten, daß es

Digitized by Google

bei einer neuen Legislation in irgend einem Lande, ausser etwa im Lande Utopien, dahin kommen werde, daß man zwischen Sachen und Personen, zwischen Besitz und Recht, zwischen der Verpflichtung aus einem Vertrag und den obligatorischen Folgen einer unerlaubten Handlung u. s. w. keinen Unterschied mehr machte, also daß sich bei Betretung des Rechtswegs mit einer Klage niemand weiter mehr fragen dürfte:

zu welcher Classe von Rechten eignet sich dein Anspruch? Ist ein dingliches oder ein persönliches Recht, und welches, der Grund desselben? — was der Zweck, dessen Erreichung du dir bei der Klagstellung vorgesetzt hast? u. dgl.

## §. 3.

### Grundsätze und Regeln der zweckmäßigen Auswahl und Behandlung der Klagen.

Wenn von einer vorsichtigen und geschickten Wahl bei der Anstellung einer Klage die Rede ist, so beruht die zu lösende Aufgabe auf der Fertigkeit,

die Erscheinungen des Lebens und menschlichen Verkehrs, wiefern sie zu Irrungen zwischen zwei Personen (Kläger und Beklagten) Anlaß geben, nach ihren mannigfaltigen Gestaltungen in ihrer Beziehung auf Rechtssätze richtig aufzufassen und dem Richter von der dem Kläger günstigsten Seite darzustellen.

Indem man so gleichsam die Phasen des Streitverhältnisses den Richter von dem Standpunkt aus beschauen läßt, der dem Kläger der vortheilhafteste ist, genügt man der Aufgabe einer zweckmäßigen Klagstellung, d. h. man leitet durch die angestellte Klage den Prozeß über streitige Privatrechte so ein, daß sich der Kläger, bringt

es irgend die Beschaffenheit der Sache mit sich, den Sieg Rechtens versprechen darf. Man kann daher von der richtigen Kenntniß des Klagensystems mit Recht behaupten, was Mühlenbruch c) von der Disciplin des Prozesses überhaupt sagt: daß sie das unentbehrlichste und wichtigste Bildungsmittel für jeden Juristen und gleichsam der Schlüssel zu einer gründlichen Kenntniß des materiellen Rechts sey. — Wenn daher auch die hier dem Practiker empfohlne Kenntniß der mancherlei Klagmittel nach ihren Namen, verschiedenen Eigenschaften und Wirkungen in den Gerichtshöfen weiter keine unmittelbare practische Bedeutung hätte, so würde sie doch dem Rechtsgeschäftsmann schon darum von entschiedenem Interesse seyn müssen, weil diese Kenntniß das zuverlässigste Hülfsmittel ist, die Verbindungsfäden zwischen der Theorie und Anwendung richtig aufzufinden.

Eine Klage ist nichts anders als die Stellung eines thatsächlichen Verhältnisses unter einen bestimmt ausgedrückten Rechtssatz, um einen gewissen Anspruch an einen Andern, den Beklagten, zu begründen. Daß dieses das Wesen und der Zweck bei der Klagstellung ist, davon ist man allgemein überzeugt. Aber in der That nimmt es ein großer Theil unserer Practiker damit so leicht, daß wenn die Art, wie sie den Gegenstand behandeln, richtig wäre, zur Anstellung einer Klage nicht viel mehr als eine ganz oberflächliche Rechtskenntniß erforderlich, und eine Anleitung wie die gegenwärtige ganz überflüssig seyn würde.

Es ist eine sehr allgemein verbreitete Vorstellung, daß es bei dem Vortrag einer Klage (Klagschrift) nur

---

c) In dem Dedic. Schreiben des Entw. des Civilprozesses Halle 1827.

darauf ankomme, dem Richter die dem Streit zu Grunde liegenden Thatsachen deutlich und zusammenhängend vorzutragen, und dann bestimmt zu sagen, was man von dem Gegner verlange und wozu ihn der Richter verurtheilen solle, also eigentlich auf eine bloße Species facti mit angehängter Bitte. Wäre dieß genug, so würde freilich zur Verfassung eines tauglichen Klaglibells so viel nicht gehören; jeder der die Fähigkeit hat, einen Brief zu schreiben, würde auch zur Abfassung einer Klage tüchtig seyn, auch ohne die Eigenschaften eines Rechtsgelehrten zu besitzen. Aber dieß ist nicht also, und daß es nicht so ist, davon überzeugen uns zahllose Prozesse, die Jahr aus Jahr ein geführt werden, und von denen man sagen kann, daß sie eben so sorglos eingeleitet werden, als der sie veranlassende Verkehr mit Vernachlässigung der erforderlichen Aufmerksamkeit sein Daseyn gefunden hat. So hat denn natürlich der Prozeß eben das Schicksal der Verwirrung, wie der streitige Verkehr selbst, über den er Licht verbreiten sollte, und es thäte oft noth, gleichsam erst einen Prozeß über den Prozeß zu führen, um dahinter zu kommen, was Advocaten und Richter eigentlich wollen, also erst den Streit im Recht zu schlichten, ehe man an Schlichtung des Streits über das Recht denkt.

Die Nothwendigkeit einer vorsichtigen Wahl der Klage leuchtet ohne kunstmäßigen Beweis jedem von selbst ein, der über Zweck und Mittel nachdenkt, und so mag man denn immer die leidige Vorstellung aufgeben, es werde alles anders werden, wenn wir nur neue Gesetzbücher bekommen, und in Folge derselben das römische Recht bei uns Deutschen abgeschafft wird, das so mancher für die Quelle aller dieser und ähnlicher vermeinter Spitzfindigkeiten hält. Ich lege den Zweiflern nur die Frage vor: Muß sich nicht jeder vorsichtige

Digitized by Google

Kläger vor der Anbringung seiner Klage fragen: auf welchem Rechtsgrunde beruht dein Anspruch an den Beklagten? (auf einem dinglichen oder auf einem persönlichen Recht? — auf einem Contract? — Quasicontract? — auf einer unerlaubten Handlung?) Treten wirklich oder scheinbar mehrere dergleichen Verhältnisse ein, — welches ist das den Umständen am meisten angemessene? und wenn sich denn verschiedene Rechtsgründe für einen Anspruch ergeben, — welcher bietet dir in Beziehung auf die zu erwartenden Einreden, — auf den Beweis, — auf die Dauer des Anspruchs, mehr Vortheile oder Schwierigkeiten dar? Zu welchem längern oder kürzern, verwickeltern oder einfachern Verfahren qualifizirt sich dein Anspruch? — (zu dem petitorischen oder possessorischen, dem ordentlichen oder summarischen Prozeß?) — und läßt er sich mit Erfolg auf den dem Kläger eine schnellere Hülfe versprechenden Prozeß einleiten? — — Nenne man nun diese verschiedenen Modificationen des klagbar verfolgten Rechts, wie sie es in der That sind, Klagarten, so wird man nicht zweifeln können, daß es durchaus nicht gleichgültig ist, ob ich als Kläger die rechtlichen Eigenheiten einer jeden kenne, ob ich mit Vorsicht wähle oder blind zutappe.

## §. 4.

### Fortsetz. besonders wiefern es auf den Namen der Klage ankommt.

Jede Klage beruht 1) auf Thatsachen, wodurch 2) in Zusammenhaltung mit Rechtssätzen die den Gegenstand der Klage ausmachende Behauptung einer Rechtsverletzung begründet wird. Sie hat den Zweck den Richter von dieser Rechtsverletzung zu überzeugen und ihn zu bestimmen, 3) dem hiernach gemachten Antrage ge-

Digitized by Google

mäß den Rechtsschutz zu gewähren. Aus dem Vortrage der Thatsachen, welche die Klage veranlaßt haben, in ihrem Zusammenhange mit Rechtswahrheiten, und aus dem Ausdrucke des Verlangens, wie der Rechtsschutz ertheilt werden solle, erscheint nun die Art der Klage, welche angestellt worden, ohne daß es der Angabe des Namens, der ihr nach dem Klagensystem zukommt, bedarf. Hat der Kläger die Geschichte gehörig vorgetragen, die zweckdienlichen Thatumstände richtig hervorgehoben und geltend gemacht und endlich hiernach mit Rücksicht auf die anschlagenden Rechtsbestimmungen sein Gesuch gestellt, so hat er zweckmäßig geklagt. Er hat dann gerade nicht nöthig, die gewählte Klage zu benennen. Der bloße Name würde auch nichts an der Sache verbessern, wäre nicht demselben gemäß libellirt worden, oder wäre nicht die Klagschrift, des ungeschickt gegebenen Namens ungeachtet, zu erhalten. Hätte also der Kläger auf Wiedereinräumung des ihm eigenmächtig entzogenen Besitzes geklagt, und seine Klagschrift mit dem Namen des interdictum uti possidetis bezeichnet, so würde freilich der Richter das Unpassende dieser Bezeichnung wohl einsehen. Er würde aber deswegen allein, wenn sonst die Klage thatsächlich und rechtlich begründet erschiene, den Kläger nicht abweisen, sondern erkennen, als ob das interd. unde vi angestellt worden wäre. Eben so wird, wenn A von B die Abtretung des diesem abgekauften und schon bezahlten, aber noch nicht übergebenen Hauses klagend fordert, und seine Klage eine Reivindication betitelt, der Richter diese Klage für keine andere als die Kaufklage ansehen und unter übrigens gleichen Umständen dieser gemäß erkennen, was Rechtens ist. Auch wird, ist nur die Klage in facto et jure begründet, und schlußgerecht das Petitum gestellt, ohne deren Benennung

Digitized by Google

kein Zweifel über die Art der angestellten Klage entstehen, und der Fehler der Dunkelheit und Allgemeinheit vermieden werden. Aber der Klagsteller muß den Namen der Klage und ihre Eigenheiten kennen, damit er zweckgemäß klagt, und er muß nicht gleich glauben, daß es für den fraglichen Klaghandel keine eigene Klage gebe, was wohl nur selten der Fall seyn wird; er muß sich daher nicht sofort die bequeme actio in factum als die einzig ihm übrige denken, weil er seine Klage sonst eben so ungeschickt bezeichnen, oder mit andern Worten, eben so wenig das punctum juris treffen würde, als der seel. Justizamtmann N. mit seiner „Bleichtuchverwechselungsklage", die er die Bauerfrau zu Protokoll anstellen ließ, deren Nachbarin von der öffentlichen Bleiche das bessere Stück Leinwand (Tuch) der Klägerin fortgenommen und dafür ihr schlechteres zurückgelassen hatte.

So wie jetzt häufig bei Gerichten Klaglibelle einkommen oder zu Protokoll aufgenommen werden, hält es oft eben so schwer, des Klägers eigentliche Intention in ihrer factischen und rechtlichen Begründung folglich das genus actionis zu erkennen, als aus den ungeschickten und werthlosen Bezeichnungen der Klagproducte mit „pto servitutis, — pto hereditatis, — eine Schuldforderung, — Schadensersatz ꝛc. betreffend", abzunehmen ist, welchen Punkt in dem weiten Gebiete des Sachen- oder Obligationenrechts der unwissende oder bequeme Concipient der Klagschrift in das Auge gefaßt habe. Unbegreiflich ist es freilich, wie man auf so mangelhafte Klagen mit Sicherheit das weitere Verfahren bauen, und eben so unbegreiflich, was man sich von dem generellen Beweisdecret: „daß Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen schuldig", — bei einem solchen Klagwerk für eine sichere Beweisführung und ein recht- und

Digitized by Google

zweckgemäßes Erkenntniß versprechen kann. Aber der Gang und die Resultate so vieler Prozesse machen es begreiflich, und es ist immer noch ein Glück für unsere Rechtspfleger, daß es in der Meinung des Volks ein Recht mit einer wächsernen Nase gibt, um die Schmach von jenen auf die Gesetzgebung abzuleiten.

## §. 5.

### Gesetzliche Basis dieser Grundsätze, und Regeln.

Die angegebenen Erfordernisse einer Klagschrift sind aber auch in jeder Prozeßordnung vorgeschrieben, so wie sie dem die Rechte Studirenden vom Catheder empfohlen und in allen Lehr- und Handbüchern des Prozesses gelehrt werden. So ordnet der J. R. A. §. 34: daß jeder Kläger seine Klage oder Libell so einrichten solle, „daß „das Factum kurz und nervose, jedoch deutlich und di„stincte, klar — — verfaßt und ausgeführt sey, mit „angehängter Conclusion und Bitte, nicht allein den „Gegentheil zu citiren, sondern auch zu condemni„ren — — damit der Citirte in diesem allen sich wohl „ersehen und reiflich bedenken könne, ob er dießfalls „weichen oder in dem Prozeß verfahren wolle." Der Ausdruck Conclusion deutet hier auch offenbar darauf, daß der Gesetzgeber die in der Doctrin angenommene Aehnlichkeit einer Klagschrift mit einem Syllogismus, in welchem der Rechtspunkt, der den Klaggrund ausmacht, als medius terminus erscheint, vor Augen gehabt habe. Dieß geben auch die angeführten Schlußworte zu erkennen, da ausserdem der Beklagte aus der Klagschrift nicht vollständig erkennen, oder wenn er es nicht will, wenigstens auf Entschuldigung Anspruch machen kann: ob er sich dem Begehren fügen, oder es auf den Prozeß ankommen lassen wolle. Im Grunde war

dieß wohl auch die Absicht des Papsts in dem so berüchtigten c. 6. X. de jud. (2, 1.) *d*), worin überhaupt weniger eine Dispensation der Sachwalter von einer sorgfältigen Wahl der Klage, als eine Instruction für den Richter für die Prüfung der einmal angestellten Klage liegt, damit er nicht zu strenge sich bloß an die Klagformel binde und darüber sein mildrichterliches Amt auf die Seite setze. Daher ist in Bayern durch den Judiciarcodex Cap. 4. §. 8. bestimmt: „den eigentlichen Namen der Klage ist der Kläger anzugeben nicht schuldig, weil der Richter selbst solches schon aus der Geschichte, dann dem medio concludendi und dem petito erkennt, mithin auch allzeit die dem Kläger am meisten nützliche und auf das Petitum schicklichste Action zu erwählen hat, wenn gleich dieselbe gar nicht oder etwan eine andere unschickliche Action benamset worden wäre."

Der factische und rechtliche Klagvortrag mit dem concludenten Antrag ist also immer das Wesen der zweckgemäßen Klagstellung. Wenn daher gleich die preuß. Ger. Ordnung Th. I. Tit. 5. §. 17 — 20. die Instruenten und Sachwalter anweist: „daß sie sich an die aus dem römischen Recht hergeleiteten und von den Lehrern desselben gebildeten genera et formulas actionum nicht ängstlich zu binden hätten", so ist sie doch im Wesen der Sache mit der gemeinrechtlichen Theorie ganz übereinstimmend. Dieß gibt schon der Beisatz „nicht ängstlich" zu erkennen, noch mehr aber die aufgestellten Re-

*d*) Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquivatis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare curetis. Vergl. hiebei Webers Beiträge II. Stück Seite 1 ff.

Digitized by Google

geln über das Verfahren bei Aufnahme einer jeden Klage selbst, woraus man sich überzeugen muß, daß die Verordnung der preuß. Prozeßordnung, so wenig als die vorhin allegirte des päpstlichen und die noch frühere des röm. Rechts in l. 1. u. 2. C. de formulis (2, 58.) ein Ruhepolster der Trägheit und des Schlendrians seyn sollte. Sie schreibt nämlich vor, daß eine jede Klage enthalten müsse: 1) eine deutliche, vollständige und zusammenhängende Erzählung des Factums, in welchem der Kläger seinen Anspruch gründet; — — *e*) 3) die Beifügung eines der Sache und der Intention des Klägers gemäßen, deutlichen und bestimmten Antrags, aus welchem mit hinlänglicher Gewißheit entnommen werden könne, was eigentlich der Kläger von dem Beklagten fordere. Was die Erzählung des Factums betrifft, so müsse die erforderliche Vollständigkeit mit einer bündigen Kürze verbunden seyn, und Umstände, welche nicht zur Sache gehören oder zur Aufklärung ihres Zusammenhangs nichts beitragen, müßten, wenn sie auch im Informationsprotokoll *f*) mit aufgenommen wären, in der

*e*) Das zweite angegebene Erforderniß: die Angabe der Beweismittel, gehört nicht hieher, da es sich bloß auf die Eigenthümlichkeit des preuß. Prozeßprinzips bezieht.

*f*) Daß auch gemeinrechtlich der Sachwalter, der einen Klagslibell anfertigt, sowie der Richter, der die Klage zu Protokoll aufnimmt, sich in der Sache genaueſt informiren muß, ist bekannt und liegt in der Natur der Sache. Ein förmliches Nebenprotokoll über diese Information, welches, wenn es der Rechtsanwalt aufnimmt, bei dessen Manualacten bleibt, ausserdem aber bei den Gerichtsacten besonders aufbewahrt wird, so daß es nicht zur Kenntniß des Gegentheils kommt — ein solches Informationsprotokoll ist nur nach preuß. Gerichtsordnung als nothwendiges Requisit vorgeschrieben.

Digitized by Google

Klage selbst wegbleiben. Auch weitläufige juristische Ausführungen gehörten nicht in die Klage. Dagegen müsse der Concipient derselben, sowohl bei der Informations-Einziehung als bei der Aufnahme der Klage selbst auf die gesetzlichen Vorschriften soweit Rücksicht nehmen, daß er hiernach bei einer jeden vorkommenden Thatsache beurtheile, in wiefern daraus ein rechtlicher Anspruch oder Einwand entstehen könne, damit nicht unerhebliche Punkte zur Instruction gezogen werden.

Es ist nicht zweifelhaft, daß nach diesen Grundsätzen und Regeln auch gemeinrechtlich bei der Abfassung einer Klage verfahren werden kann, ja daß hiernach verfahren werden muß, wenn anders der Zweck einer probehaltigen Klagstellung erreicht werden soll. Mehr bedarf es aber auch nicht, um versichert zu seyn, daß man überall die zweckgemäße Klage gewählt habe. Freilich gehört dazu Umsicht und Ueberlegung, verbunden mit gründlicher Kenntniß der Theorie der einschlagenden und verwandten Rechtsmaterien, und practische Taktfestigkeit. Dem Klagverfasser, er sey Instructions-Richter oder Anwalt, muß also auch die nöthige Zeit gelassen werden. Diese sich selbst zu nehmen hängt von ersterm nicht immer, bei gewissen Gerichtsverfassungen gewöhnlich gar nicht ab. Wohl aber hat der Sachwalter hier freie Hände, wenn er nicht aus Gewinnsucht oder — was freilich auch nicht vergessen werden darf — wegen einer zu geringen Advocaten-Taxordnung, um bei dem kärglichen Verdienst nur leben zu können, mehr Prozesse übernimmt, als er gehörig bestreiten kann g).

§. 6.

g) Bezahlt man die Arbeit des Rechtsanwalts nur nach der Bogenzahl, also nach der Ausdehnung nicht nach dem

## §. 6.

### Anforderungen an den Klagsteller.

Es ist vorhin bemerkt worden, daß selbst die preußische, von dem gemeinen Prozeßrecht so vielfältig abweichende Prozeßordnung, ihres anscheinend wegwerfenden Seitenblicks auf das röm. Klagensystem ungeachtet, vollkommen sachgemäße und probehaltige Bestimmungen über das Verfahren bei Anstellung einer Klage gibt. Sie fordert den Ausdruck des factischen oder historischen und

---

Gehalt, läßt eine illiberale Taxordnung für eine Klagschrift, weil sie nur einen Bogen stark ist, vielleicht nur 1 fl. 30 kr. bis 2 fl. passiren, während der Verfasser bei pflichtmäßiger Anstrengung zum Besten seiner Partei vielleicht das Sechsfache verdient hat, indem ihm dieser einzige Bogen leicht mehr Mühe gemacht haben kann, als die darauf folgende bogenreiche Replik; so verleitet man ihn selbst dazu, daß er flüchtig arbeitet, unbekümmert um den Erfolg seines Werks. Denn der verlorne Prozeß wird ihm eben so honorirt, wie der gewonnene, ja es wird in Folge der aus der schlechten Einleitung entstandenen Verwirrung ein verpfuschter Prozeß oft sogar noch einträglicher. Man glaube nicht, daß der so arbeitende Sachwalter nothwendig sein Credit verlieren müsse; er hat dieß allenfalls nur dann zu befürchten, wenn an einem Ort oder in einer Gegend eine Auswahl zwischen guten und schlechten Advocaten Statt findet, was oft nicht der Fall und unter den bemerkten Umständen in Beziehung auf Honorirung der Arbeit auch kaum zu erwarten ist. Dazu kommt, daß auch der mittelmäßige Sachwalter, es sey, weil er eine kaum zu verlierende Sache vertritt, oder weil der gegnerische Anwalt nicht besser ist, hie und da doch einen Prozeß gewinnt, was denn wieder zur Befestigung des wankenden Rufs beiträgt.



Digitized by Google

des rechtlichen Klaggrundes, und ein schlußgerechtes Petitum. Der Concipient einer Klagschrift soll die gesetzlichen Vorschriften zum Maßstabe der Beurtheilung nehmen, wiefern aus gewissen Thatsachen der Anspruch folge, den er gegen den Beklagten geltend machen will. Dieses und nicht mehr fordert auch das gemeine Recht; ja nach allen Rechten ist die Klage nichts anders und kann nach ihrem Wesen nichts anders seyn, als die angriffsweise Geltendmachung eines Rechtssatzes vor Gericht für die streitig gemachten civilrechtlichen Folgen eines thatsächlichen Verhältnisses. Vollständige Einsicht in das Factum und Kenntniß des einschlagenden Rechtssatzes sind also die wesentlichen Bedingungen jeder Klagstellung. Der Kläger, der die Reivindication anstellt, und damit richterlichen Schutz wegen Nichtanerkennung des ihm zustehenden Eigenthums einer Sache von Seiten des Beklagten sucht, führt die Umstände an, wornach er sich für den Eigenthümer, seinen Gegner aber für einen unbefugten Störer seines Rechts hält, — den factischen Klaggrund —; zugleich macht er den Rechtssatz geltend, nach welchem derjenige, welcher über die Substanz einer körperlichen Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen berechtigt ist, als Eigenthümer den Schutz des Staats durch die Gerichte zu fordern befugt sey. Eben dieß thut in seiner Art, wer mit der Kauf-, mit der Darlehensklage u. s. w. auftritt. Ist das, was er zur Begründung seines Anspruchs in facto anführt, nicht von der Art, daß der Rechtssatz, der beziehungsweise durch das Eigenthum, den Kauf, das Darlehen mit deren Wirkungen bestimmt wird, darauf paßt, so hat er ungeschickt geklagt. Die angeführten Thatverhältnisse können nach andern Rechtssätzen ihm allerdings einen rechtlichen Anspruch gewähren, nur nicht den, den er

gleichwohl geltend machen zu wollen durch den gestellten Antrag zu erkennen gegeben hat. Alles kommt also darauf an, daß der Rechtssatz richtig bezeichnet sey, was auch gewöhnlich bloß durch das mit dem Factum übereinstimmende Petitum geschieht, indem jener Satz selbst mehr implicite angedeutet wird. Auf diese Weise genügt es nun an sich allerdings, die Rechtsregel zu kennen, und der Name der Klage thut, wie schon bemerkt worden, eigentlich nichts zur Sache. Er ist nur die kurze technische Bezeichnung jener Rechtsregel und man kann gar wohl ohne den Ausdruck des Namens: actio confessoria, — quod jussu, — interdictum quorum bonorum, — de migrando u. s. w. das jeder dieser Klagen entsprechende eigenthümliche Rechtsverhältniß richtig getroffen haben. Ich will sogar zugeben, daß der Klagsteller nach einem gewissen practischen Instinkt, ohne sich des Namens der Klage und ihrer Theorie klar bewußt zu seyn, recht geklagt haben kann. Aber so wie dieß doch mehr vom Zufall abhängen wird, dem das klare Bewußtseyn der Theorie nichts zu Dank zu wissen braucht, so hat auch der bloße Name der Klage selbst schon in sofern Werth, als er das Rechtsdogma kurz bezeichnet. Und so wie man ferner von jedem Kenner einer Wissenschaft oder Kunst mit Recht erwartet, daß ihm die eingeführten scientiven und technischen Ausdrücke geläufig seyen, so kann man dieses nicht weniger von dem Juristen und da der Rechtsgeschäftsmann doch auch ein Jurist seyn soll und will, auch von diesem verlangen. Man würde, — wenigstens diejenigen, auf die er, vielleicht mit affectirter Vornehmthuerei als auf Pedanten herabsieht, würden es, — eine geringe Meinung von seiner rechtswissenschaftlichen Bildung haben, wenn er z. B. das Geschäft, das man mit dem Ausdruck pactum addictionis in diem be-

zeichnet, gleich dem Nichtjuristen durch eine vielleicht doch nur beiläufige Beschreibung seiner Eigenschaften angeben wollte. Es gilt auch nicht bloß den Namen, sondern vornämlich die sachlichen Erinnerungen, die sich daran knüpfen; und so ist es denn auch mit den Namen der Klagen. Kommt es daher, wenn der curator concursus eine von dem Gemeinschuldner vor ausgebrochenem Concurs an sich zwar gültige, jedoch mit Gefährde und zum Nachtheil der Gläubiger geschehene, Veräusserung klagend rückgängig zu machen sucht, eigentlich nur darauf an, daß er seine Klage mit den hier angedeuteten gesetzlichen Voraussetzungen begründet, so wird man sich doch kaum versichert halten dürfen, daß er allen Erfordernissen vollständig genügt, wenn er sich nicht einmal des Namens der actio pauliana bewußt ist. Ueber die Reminiscenzen, die eben dieser Name rücksichtlich der ganzen Lehre von der Veräusserung in fraudem creditorum, von den Grenzen der erlaubten Vigilanz der Gläubiger u. s. w. anzuregen vermag, wird jeder Practiker Erfahrungen zu machen Gelegenheit gehabt haben.

## §. 7.

### Fortsetzung.

Die Wahl der Klagen setzt das Zusammentreffen mehrerer electiv concurrirender Klagen voraus. Hier soll der Kläger unter mehrern auf einerlei Gegenstand und Zweck gehenden Klagen die vortheilhaftere wählen; er soll seinen Anspruch unter die verschiedenen möglichen Gesichtspunkte des factischen und rechtlichen Zusammenhangs stellen, und die Vortheile und Nachtheile des einen gegen den andern abwägen. Diese ergeben sich,

Digitized by Google

und eine Klage kann somit vortheilhafter als die andere seyn, in Beziehung

1) auf die Einreden, deren gegen die eine weniger als gegen die andere Statt finden können,

2) auf den leichtern oder schwierigern Beweis des Klaggrundes,

3) auf die längere oder kürzere Dauer der Klage,

4) auf die Prozeßart, deren eine vor der andern baldige Rechtshülfe erwarten läßt.

Es leuchtet wohl von selbst ein, daß wenn unter mehrern concurrirenden Klagen so verschiedenartige Eigenschaften eintreten, eine geschickte Wahl äusserst folgenreich für das ganze Schicksal des Prozesses seyn kann. Aber diese Wahl ist gerade nicht immer leicht, weil die mehrern concurrirenden Klagen nicht so offen da liegen, daß man nur zugreifen dürfte; sie fordert vielmehr öfters eine mühsame allseitige Betrachtung und Erwägung der Umstände des Rechtsfalls in factischer Hinsicht und zugleich die Fertigkeit richtiger Subsumtion unter die einschlagenden Rechtsregeln, setzt folglich die Gabe einer geschickten Auffassung der kritischen Verhältnisse des Falles nach seinen verschiedenen möglichen Gesichtspunkten, also Erfahrung, gründliche Rechtskenntniß und practische Uebung voraus.

## §. 8.

### Beispiele.

Ich hoffe mit der bisherigen Darstellung die Nothwendigkeit einer gründlichen Kenntniß der Theorie von den Klagen gezeigt zu haben, und ich will nur noch zum Schlusse ein paar Beispiele geben. Das erste soll von der Lehre über die **Cumulation der Klagen** entlehnt werden.

Digitized by Google

Diese Lehre gehört unter diejenigen, bei welchen der Practiker leicht versucht werden kann, die Regeln des Verfahrens als aus der Natur der Sache sich von selbst verstehend anzunehmen. Und sofern als er damit der Theorie ein Compliment macht, kann man die Vorstellung wohl gelten lassen. Allerdings sind die Regeln von der cumulativen, successiven und alternativen Klagenhäufung, so wie in ihrer Art auch die von dem Klagenconcurse, so sehr in dem Wesen der Sache gegründet, daß dem positiven Willen der Gesetzgeber hier ein kleiner Spielraum übrig geblieben ist. Soll aber jene Vorstellung eine Brücke zum schnellern Uebersetzen über die von den Gesetzen und der Doctrin aufgestellten Regeln, und über die aus deren Unkenntniß entstehenden Verlegenheiten werden, so ist sie falsch und gefährlich. Eine Praxis, die auf wissenschaftlichen Grund gebaut seyn soll, und nur darin Festigkeit vor ungewissem Schwanken und eine Bürgschaft gegen willkührliche Ausbeugungen findet, muß auch hier von Grundsätzen und bestimmten Regeln ausgehen. Auch wird nur der durch Theorie gestärkte Rechtsgeschäftsmann vor dem, der dieß nicht ist, es voraus haben, daß er über die Gründe seines Verfahrens, also warum er gewisse possessorische Klagen mit petitorischen cumulirt, andere aber nicht, gehörig Rechenschaft zu geben vermag, während der Andere, in seiner Unbekanntschaft mit den Regeln, trotz seines „gesunden Menschenverstands und guten Kopfs" in vielen Fällen weder bei sich selbst noch bei Andern es zur Ueberzeugung bringen wird, daß er das Rechte getroffen, so wenig als ein Mathematiker, der einen practischen Satz nicht zu demonstriren wüßte.

Digitized by Google

## §. 9.

### Fortsetzung.

Das zweite Beispiel zum Schlusse dieser Einleitung soll die Nothwendigkeit einer sorgfältigen Auswahl bei mehrern, wirklich oder scheinbar electiv concurrirenden, Klagen zeigen. Es wird sich daraus ergeben, wie die Wahl unter mehrern zusammentreffenden Klagen wirklich gründliche Theorie voraussetzt, um nicht eine unrichtige Klage zu gebrauchen und damit dem Verluste des Prozesses oder doch unnöthigen Weitläufigkeiten sich auszusetzen. Ich muß jedoch hiebei wiederholt erinnern, daß es nicht auf den Namen der Klage ankommt, als welchen man ganz richtig angeben und doch unrichtig klagen kann, und umgewandt, sondern auf den verfolgten Zweck, also auf den Ausdruck des Petitums nach vorgängiger Begründung desselben.

Mein Nachbar Titius besitzt ein an meinen Garten angrenzendes höher liegendes Feld, von welchem das überflüssige Wasser auf meinen Garten zuläuft, in dem jedoch durch einen Graben für die unschädliche Ableitung Sorge getragen ist. Nun befindet sich aber auf des Titius Feld (seit länger oder kürzer) eine gewisse Vorrichtung, welche verursacht hat, daß bei dem unlängst Statt gefundenen heftigen Gewitterregen mein Graben das heftig zuströmende Wasser nicht mehr auffassen konnte, und in meinem Garten durch das Einströmen desselben starke Verwüstungen angerichtet worden sind. Was scheint natürlicher, als daß ich von meinem Nachbar Ersatz meines Schadens, und zur Abwendung künftiger Beschädigungen Wegschaffung jener Vorrichtung, allenfalls auch Sicherheitsbestellung verlange. Ich kenne Advocaten, die sich hier auch nicht lange wegen der anzustellenden Klage bedenken, oder bei der Erkundigung

nach den nähern Umständen der Sache sich viel aufhalten würden. Gleichwohl kann es geschehen, daß wenn ich ohne weiters meine Klage dahin richte, und nicht auf die Umstände des Falles und die davon ausgehenden, vielleicht sehr von einander abweichenden rechtlichen Beziehungen Rücksicht nehme, ich gar leicht meinen Prozeß verspielen, wenigstens mit meiner Klage angebrachtermassen abgewiesen werden kann, wobei denn in letzterer Hinsicht wenigstens Zeit und Kosten verloren sind und ich wieder von vorn anfangen muß. Oder ich kann den Handel mit einer minder vortheilhaften Klage von einer Seite angreifen, wo ich zwar endlich, aber wieder nach unnöthigem Zeitverlust und mit Mühseligkeit zu meinem Recht gelange, wozu ich auf weit kürzerem Wege und bequemer hätte gelangen können.

## §. 10.

### Erklärung.

In dem gegebenen Fall kommt es vor allen darauf an, zu untersuchen,

1) wie lange besteht die fragliche Vorrichtung schon? — Wenn mein Nachbar die Verjährung für sich hat, oder die beschwerende Einrichtung schon seit Menschengedenken besteht, so wird mir kein gewissenhafter Sachwalter zum Prozesse rathen, vielmehr sofort dazu, mich so gut als möglich selbst vor Schaden zu verwahren. Es läßt sich auch wohl annehmen, daß, wenn die Einrichtung einmal so alt ist, von den Vorbesitzern deshalb schon Vorsehung getroffen worden, da Hochgewitter und Regengüsse alle Jahre entstehen. Thue ich also das Meinige, so werde ich keinen Schaden haben, oder nur bei ganz ausserordentlichen Zufällen,

Digitized by Google

die ich mir dann eben als Eigenthümer gefallen lassen muß.

2) Vielleicht hat Titius die mich beschwerende Vorrichtung nach den Regeln der Landcultur gemacht, um sein Grundstück zu verbessern. Wäre dieß der Fall, hätte er etwa einen sterilen Rangen abgehoben und cultivirt, der bisher zur bessern Abhaltung des Wassers gedient hat, so könnte ich ihm dieß wieder nicht wehren, also auch nicht klagen *h*).

3) Ist etwa die Vorrichtung mit meiner Einwilligung zu Stande gekommen, so kann ich bloß auf Sicherheitsbestellung (cautio damni infecti) antragen, wenn der Schade nicht vorherzusehen war.

4) Ich habe die Vorrichtung vergünstigungsweise gestattet. Hier brauche ich nichts, als das Precarium zu widerrufen, um mich wenigstens gegen künftige Beschädigungen, die ihren Grund in dem precario gestatteten Unternehmen haben, zu sichern. Fügt Titius sich nicht, so steht mir das interd. de precario offen.

Tritt nun aber keiner von diesen vier Fällen ein, so kann ich mein Recht auf verschiedene Weise geltend machen, nur nicht geradezu und ohne weiters auf Entfernung des schädlichen Werks, Schadenersatz und Sicherheitsbestellung mein Klagbegehren richten. Es kommt nämlich vor allen darauf an, ob ich bloß Sicherheit vor künftigen Beschädigungen, oder Ersatz für einen schon zugefügten Schaden fordern will.

I. Verlange ich bloß Sicherheit vor künftigen Beschädigungen, so machen die Gesetze vor allen einen Unterschied rücksichtlich des beschädigten Gegenstandes.

A. Ist ein praedium urbanum, in dem gegebenen Beispiele also mein Gartenhaus durch das Regenwasser

*h*) L. 7. §. 7. D. quod vi aut clam (43, 24.)

beschädiget worden, so habe ich die negatoria actio de stillicidiis et fluminibus i).

B. Es ist bloß mein Garten, also ein praedium rusticum der Beschädigung ausgesetzt. Hier findet nun, vorausgesetzt, daß ich von Regenwasser in Folge der auf des Titius Feld gemachten Vorrichtung gefährdet bin, nicht auf andere Weise, wovon hernach, die aquae pluviae arcendae actio Statt, welche die Entfernung der durch ein opus manufactum gemachten Veränderung, die den sonstigen unschädlichen Ablauf des Regenwassers hindert, und die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, zugleich Sicherheitsbestellung gegen künftige Beschädigungen und nach Umständen (wovon ad II.) Schadensersatz bezweckt. Hier wird nämlich neben der Hauptklage a) wegen künftiger Schäden Cautionsbestellung beantragt (per implorationem de cautione damni infecti) b) wegen eines bereits angerichteten Schadens aber mit der Hauptklage die Schadensersatzklage auf den Grund der desfalls vertragsweise bestellten Caution, oder ausserdem die actio in factum de damno infecto, oder auch das int. quod vi aut clam cumulirt.

Es findet aber die aquae pluv. arc. actio überhaupt nur unter Modificationen, nach Verschiedenheit folgender Fälle Anwendung:

1) Titius hat die unbefugte Veränderung gemacht, oder durch Andere machen lassen. Hier geht das Gesuch dahin:

daß er auf seine Kosten alles wieder in den vorigen Stand setze u. s. w. (auf Caution und Schadensersatz unter den geeigneten Umständen)

2) Titius hat die Veränderung nicht selbst gemacht,

---

i) L. 1. §. 17. D. de aqua et aquae pluviae etc. (39, 3.)

Digitized by Google

sondern einer seiner Besitzvorfahren. Hier kann nur der Antrag gemacht werden:

daß er gestatte, daß der Kläger auf seine eigene Kosten, allenfalls gegen Sicherheitsbestellung wegen der dem Beklagten in seinem Eigenthum etwa hiebei verursachten Beschädigung, die Veränderung vornehme.

3) Des Titius Pächter oder Verwalter hat die Veränderung ohne jenes Zustimmung gemacht. Hier kann gegen den Titius nur wie ad 2. geklagt werden. Die Klage auf Schadensersatz mit dem interd. quod vi aut clam geht bloß gegen den Pächter resp. Verwalter.

II. Wird Ersatz wegen eines schon angerichteten Schadens gegen den Besitzer des Grundstücks verlangt, so kann der deßfallsige Anspruch mit der actio a. pl. arc. nur gemacht werden wegen solcher Beschädigungen, die nach der Streiteinlassung entstehen. Denn die Hauptklage geht nur gegen besorgliche Beschädigungen. Schäden, die schon vor der Litiscontestation entstanden, also vielleicht die Klage hauptsächlich veranlaßt haben, müssen mit einer andern Klage verfolgt werden, eben so diejenigen, die nach entschiedener Sache entstehen; dort mit dem interd. quod vi aut clam, oder falls dieses schon verjährt seyn sollte, mit der actio de dolo, — hier entweder mit der actio ex stipulatu de damno infecto, oder wenn eine Caution nicht bestellt oder nicht gehörig (namentlich durch Impetrirung einer missio in bona oder eines sonstigen Executionsmittels) verfolgt worden, mit der actio in factum ob non praestitam cautionem damni infecti *k*).

*k*) L. 4. §. 2. L. 7. pr. L. 15. §. fin. L. 18. §. 15. D. de damno inf. (39, 2) Boehmer de act. S. II. c. 11. §. 10.

Die a. pl. arc. actio findet ferner nicht Statt, wenn der Schade nicht durch Regenwasser, sondern auf andere Weise, wenn schon durch Wasser, z. B. durch das Zuströmen des Wassers eines abgelassenen Teiches zu besorgen oder schon entstanden ist. Hier muß ich mich der negatoria actio, „daß meinem Nachbar das Recht, das Wasser zum Nachtheil meines Grundstücks abzuleiten, nicht zustehe", bedienen, oder sofern besonders eine eigene Vorrichtung des Nachbars das schädliche Zuströmen des Wassers verursacht hat, das interd. quod vi aut clam anstellen, oder auch der actio a. pl. arc. utilis dahin, „daß der Beklagte mir die schädliche Ursache auf meine Kosten wegzuräumen gestatte" *l*).

## §. 11.

### Widerlegung eines Einwurfs.

Noch mehrere Beispiele für die Nothwendigkeit einer vorsichtigen Wahl unter den concurrirenden Klagen würde ich unter andern aus der Lehre von den mancherlei Schadensersatzklagen: ex aedilitio edicto, ex lege aquilia, de pauperie, de pastu hier liefern können. Um aber den Leser nicht durch Beispiele jetzt schon zu ermüden, behalte ich mir bevor, an seinem Orte hierauf zurückzukommen. Hier ist mir nur noch übrig, einem Einwande zu begegnen, der, wenn er gegründet wäre, alles, was ich zu sagen mir vorgenommen, wenigstens von Seiten der practischen Brauchbarkeit zweifelhaft machen möchte. Ich habe es nicht mit jenen Practikern zu thun, die das Ganze für unnütze Spielerei von vorn herein erklären möchten; ich richte meine Rechtfertigung

*l*) L. 1. §. ult. L. 2. §. 5. u. 6. D. de aqua et aquae etc. (39, 3.)

Digitized by Google

gegen die, welche mir etwa mit der Erinnerung an das mildrichterliche Amt begegnen dürften. — Ich erkenne das suppletorische Richteramt in gewissen Grenzen allerdings an, gebe auch zu, daß der Richter in manchen Fällen eine mangelhafte Klage ergänzen kann und zu ergänzen die Pflicht hat. Allein so wie es dem Advocaten schon nicht zur Ehre gereicht, wenn er auf den Bettelbrief des Tit. C. ut quae desunt advocatis etc. sich verlassen muß, so wird das suppletorische Richteramt, wie gedacht, zwar in manchen Fällen der Armuth des Klagstellers zu Hülfe kommen können, aber durchaus nicht immer. Man erwäge nur, daß jede Klage eigens modificirt ist, und daß den Richter, wenn er ohne weiters supplirend etwas ändern wollte, leicht der Vorwurf der Ueberschreitung einer Fundamental-Regel des Civilprozesses: ultra petita partium erkannt zu haben, treffen könnte. Jede der im vorigen §. bemerkten verschiedenen Klagen hat ihr eigenthümliches factisches Verhältniß, verfolgt einen besondern Zweck, hat also auch ihr eigenes, nur ihr zukommendes Petitum. Ohne Eingriff in die Freiheit der klagenden, oder in das durch diese Klagstellung erworbene Recht der beklagten Partei kann hier von dem Richter nicht wohl etwas dazu oder davon gethan werden *m*).

Was wollte auch der Richter suppliren, wenn in dem vorhin gegebenen Beispiele der Kläger wegen des Schadens durch eine vergünstigungsweise von ihm gestattete Vorrichtung statt mit dem interd. de precario mit der actio aquae pluv. arc. klagend auftreten wollte? Oder gesetzt die schädliche Vorrichtung wäre von des Beklagten Pächter gemacht worden, und der Kläger

*m*) Vergl. meine Abhandl. über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen (Nürnberg 1819) §. 24 ff.

hätte gleichwohl darauf geklagt, den Eigenthümer zur Wegschaffung des schädlichen Werks und zum Schadensersatz zu verurtheilen, könnte der Richter etwas anders thun, als ihn abweisen? Mag also auch der Kläger immerhin den eigentlichen Namen der Klage nicht kennen, das soll und muß er doch wissen, was das Gesetz in dem gegebenen Falle vorschreibt, und darnach sich achten.

## §. 12.

### Plan der Abhandlung.

Man wird sich in dieser Abhandlung auf die Betrachtung solcher Klagen beschränken, welche ausschließlich oder doch vorzugsweise den Landeigenthümer als solchen betreffen. Es scheint, daß eben deswegen die Klagen aus dem Besitzrecht hier ganz zu übergehen gewesen wären, weil dessen Gebiet viel weiter geht, als auf Gegenstände des Verkehrs mit Rustical-Grundstücken und Gerechtigkeiten. Indessen hat die Materie von possessorischen Klagen, theils schon weil sie zu den Interdicten gehören, die einen bedeutenden Raum in unserer Betrachtung einnehmen, nicht wohl umgangen werden können, theils aber und hauptsächlich wegen ihres allgemeinen Interesse und Einflusses überall, wo Besitz und Recht als Gegensätze erscheinen, hier ihre Stelle finden müssen. Auch betrifft diese Klaggattung vorzugsweise das unbewegliche Besitzthum, von welchem wieder Grund und Boden den bei weitem größten Theil ausmacht, wie denn die meisten Klagen über Störung und Entsetzung des Besitzes bei Rusticalien und den darauf gegründeten oder dahin sich beziehenden Gerechtigkeiten vorkommen. Eben diese Betrachtung vindicirte auch die Klagen aus dem Eigenthum, als dem wichtigsten

Digitized by Google

aller Vermögensrechte, und folgerichtig auch die Klagen aus den, der Eigenthumsausübung entgegen stehenden dinglichen Rechten, von welchen wiederum besonders die aus ländlichen Servituten uns interessiren müssen. Dagegen fallen von den Obligationen aus wirklichen und Quasicontracten nur wenige in den Kreis unserer Abhandlung, und man wird sich daher dießfalls auf die ausschließlich oder doch vorzugsweise das Grundeigenthum betreffenden persönlichen Klagen beschränken. Desto umständlicher, und wegen der leichten Verwechselung der einen Klage mit der andern, bei ihrer nahen Zusammengrenzung, ist die Lehre von den Klagen zu behandeln, die auf Schadensverhütung und Ersatzleistung gehen.

Bei jeder Klage wird man deren Begriff, Eigenheiten und Erfordernisse, so wie ihre verwandtschaftliche Berührung mit andern, mit einem Worte: deren Theorie, vorausschicken, hiernächst aber, um die Verbindungsfäden zwischen der Theorie und dem Leben in der Wirklichkeit leichter zu finden, soweit es nöthig ist, Beispiele aus der Praxis beifügen und dadurch die Lehre und die Anwendung einander näher zu bringen suchen. Wenn es übrigens gleich nicht in dem Plane der Schrift liegt, die Lehre von den Einreden zugleich mit abzuhandeln, so wird doch die Art der Behandlung der Klagen selbst, bei genauer Entwickelung der Erfordernisse einer jeden, für sich schon dazu dienen, den denkenden Leser auf die jeder Klage möglicher Weise entgegen zu setzenden besondern Einreden zu führen, auf die es hier allein ankommen kann, ohne daß man nach dem Vorgange des seel. Schmidt bei jeder Klage die allgemeinen Einwendungen aus der Entstehung und Aufhebung der Rechte überhaupt zu wiederholen brauchte. Wer nämlich die Individualitäten des klagbar verfolgten

Digitized by Google

Rechts und die Bedingungen seiner Existenz, folglich zugleich die rechtlichen Eigenheiten einer jeden Klage kennt, erkennt auch bald die Blößen, die ihm, als Beklagtem, sein Gegner gibt, und weiß hiernach seine Vertheidigung einzurichten, gesetzt daß er sich nämlich auch nicht mit der Abläugnung der von dem Kläger angeführten Thatsachen allein mit Erfolg zu schützen vermag, sondern den Klaggrund durch Einreden zu zerstören suchen muß.

---



Digitized by Google

# Erster Abschnitt.

## Das Klagensystem überhaupt.

### Erstes Kapitel.

#### Begriff und Bestandtheile einer Klage.

##### §. 13.

###### Ueberhaupt.

Eine jede Klage, oder dasjenige Rechtsmittel, wodurch wir ein vollkommenes (juristisches d. h. durch den Zwang der Staatsgewalt realisirbares) Recht vor dem Richter verfolgen, indem wir bei diesem um Schutz gegen jenes Verletzung nachsuchen, deren sich eine bestimmte Person schuldig gemacht hat, geht

1) von der Zuständigkeit eines Rechts aus, welches wir als dingliches (im weitesten Sinne des Worts) oder als persönliches, auf Handlungen Anderer, behaupten, und

2) durch thatsächliche Verhältnisse in ihrer Verbindung mit Rechtssätzen begründen. Und weil denn dieses Recht von einem Andern nicht anerkannt wird, so ist

3) Gegenstand der Klage oder ihr Zweck, durch den Richter, als Organ der Staatsgewalt, diese Anerkennung zu erzwingen.

Bei jeder Klage sehen wir demnach I. auf den Rechtsgrund (fundamentum agendi, causa peten-



Digitized by Google

di), aus welchem —, II. auf den Gegenstand oder Zweck, zu dessen Erreichung wir klagend auftreten. Der Zweck der Klage wird besonders durch den Klagantrag oder durch das Petitum ausgedrückt, wodurch wir dem Richter die Art und Weise zu erkennen geben, wie er uns den Schutz für unser angefochtenes Recht zu Theil werden lassen soll. Dieser Antrag, welcher beiläufig zu bemerken, nie darauf gerichtet seyn kann, daß man dem Beklagten zu nichts verpflichtet sey, wovon selbst die cond. indebiti, wenn man auf den Klagzweck allein sieht, keine Ausnahme macht, — dieser Antrag oder das Petitum, welches mit dem Klagzwecke gleichbedeutend ist, muß nothwendig dem Rechtsgrund angemessen seyn. Wenn daher von verschieden concurrirenden Klagen die Rede ist, so kann diese Verschiedenheit nur von dem Grund und von dem Gegenstand oder Zweck der Klage verstanden werden.

Der Rechtsgrund wird in den nächsten und entfernten eingetheilt. Unter dem fundamentum agendi proximum versteht man das dingliche oder persönliche Recht, welches wir mit der Klage beziehen, also das Eigenthum, dessen verkannte Zuständigkeit der Richter für uns aussprechen soll, die Obligatio, deren Erfüllung der Beklagte sich weigert. Sieht man hiebei auf den Entstehungsgrund des Rechts und führt auch diesen an, so sagt man, man habe das f. a. remotum angeführt.

## §. 14.

### Anführung des Klaggrunds im Klaglibelle.

Daß bei persönlichen Klagen nicht bloß der nächste Klaggrund n) also die obligatio, wornach ich an dem

n) — nach der oben (§. 2.) gerügten, schon in rubro tadel-

Beklagten 1000 fl. zu fordern habe, sondern auch der entfernte, z. B. das gegebene Darlehen, und was es mit dessen Gebung für eine Bewandtniß habe, angeführt werden muß, ist so natürlich, daß darüber nie ein Zweifel entstehen konnte. Deswegen hat auch die ganze Eintheilung bei persönlichen Klagen keine Realität, und sie ist nur auf die dinglichen Klagen anwendbar *o*). Gehen zwei verschiedene persönliche Klagen z. B. die actio quod jussu und de in rem verso, so wie sie auf einen und denselben Zweck gehen, auch auf einerlei Gegenstand, so ist doch die scheinbare Einheit der causa proxima unerfindlich; es sind in der That verschiedene Obligationen vorhanden, wovon die eine das mit dem Hausſohn eingegangene Geschäft von der Seite des Geheißes des Vaters, die andere von der Seite der nützlichen Verwendung auffaßt. Anders ist dieß bei den in rem actiones. Hier genügt allerdings die Anführung des nächsten Klaggrundes, oder des Rechts im Allgemeinen, also die Berufung auf das Eigenthum, die Servitut, das Erbrecht, die väterliche Gewalt, ohne daß der Kläger in der Klage den Entstehungsgrund des Rechts anzuführen nöthig hätte. Hievon ist denn aber auch die Folge, daß wenn ihm das Eigenthum überhaupt und absolut aberkannt worden, er selbiges nicht aus einem besondern Erwerbsgrund mehr geltend machen könnte *p*), wohl aber wenn er dasselbe z. B. als Erbe

---

haften generellen Bezeichnung „pto. debiti“ was ohne weiters der Klagschrift das vitium generalitatis beilegen würde.

*o*) Vergl. G. F. Puchta über die expressa causa bei der Eigenthumsklage ꝛc. im Rhein. Mus. II. Bd. S. 251.

*p*) Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur,



Digitized by Google

in Anspruch genommen und als solcher den Prozeß verloren hätte. Denn hier stünde ihm immer noch die Klage etwa aus dem Grund eines Kaufs und der Tradition zu, und die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung nicht entgegen. Dieß ist auch die in der Praxis angenommene Meinung *q*) gegen deren gesetzliche Begründung aus dem römischen Recht sich jedoch manches erinnern läßt *r*). —

Betrachten wir die Sache von der practischen Seite mit Rücksicht auf die Regeln unsers Prozeßverfahrens, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß h. z. T. der Kläger es nicht gut umgehen kann, auch bei Realklagen den entfernten Klaggrund anzuführen, und daß der Richter, zur Beseitigung des aus der Unterlassung entstehenden Nachtheils für das Verfahren, denselben anweisen kann und muß, auch diesen speciellen Klaggrund oder die Erwerbsart in dem Klaglibell anzugeben. Es ist dieß nicht darum nothwendig, weil ausserdem der Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds §. 34. wegen deutlicher und distincter Ausführung der Klaggeschichte nicht genügt

---

singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel res mea esse potest; saepius autem deberi potest. L. 14. §. 2. D. de exc. rei jud. (44, 2.) ferner L. 11. §. 2. h. t. Cap. 3. de sent. et re jud. in 6to (2, 14.)

*q*) Wernher P. VI. obs. 481. Berger oec. jur. L. IV. Tit. 15. th. 2. n. 2. Cocceji jus civ. controv. L. II. Tit. 13. quaest. 9. Danz's Grundsätze des ord. Proz. §. 68. u. A.

*r*) Vergl. Puchta in der angeführten Abhandlung.

wäre, — denn an und für sich ist es deutlich genug, wenn der Kläger „das ihm eigenthümlich zustehende Haus, in dessen Besitz sich der Beklagte befinde" vindicirt —; auch nicht darum, weil der Beklagte ausserdem nicht speciell litem contestiren könnte, denn dieß kann er ja immerhin, wenn die Klagschrift auch nur die bemerkten zwei factischen Momente: der Zuständigkeit des Eigenthums des Klägers und des Besitzes von Seiten des Beklagten enthält; — endlich auch darum nicht, weil der Beklagte sonst bei zu allgemeiner Fassung des Klaggrunds nicht mit Sicherheit die passenden Einreden wählen könnte, — denn wenn dem Beklagten nur das rechtliche Gehör nicht versagt, die Last der Vertheidigung ihm nicht ungebührlich erschwert ist, daß der Kläger sie ihm erleichtere, das ist gerade keine Forderung der Prozeßgesetzgebung *s*): — die Nothwendigkeit, oder wenn man auch diese in Abrede stellen wollte, die Zweckmäßigkeit der Angabe des entfernten Klaggrundes auch bei dinglichen Klagen ist bloß der Beweisführung wegen. Denn wenn der Kläger bei der Eigenthumsklage nur angibt, daß er Eigenthümer sey, nicht wie er es geworden, und der Beklagte negirt den Grund seiner Klage oder das Eigenthum, so bleibt jenem nichts übrig, als den Beweis zu führen. Dieser muß aber, wenn er nicht ein unzulässiger *t*) Beweis in solle seyn soll, nothwendig auf die specielle Erwerbsart, durch Kauf und Tradition, durch Verjährung ꝛc. gerichtet seyn. Darüber ist aber der Beklagte noch nicht gehört; man weiß also nicht, ob er die Thatsache der Erwerbung in

*s*) Martin's Lehrbuch §. 39 (10. Ausg.)

*t*) Leyser Spec. 99. med. 1. v. Glück's Commentar VIII. S. 191.

der angegebenen Art läugnet, ob es also überhaupt eines Beweises bedarf, so wenig als man weiß, wenn er die Thatsache zugesteht, oder falls sie erwiesen werden könnte, was er etwa für Einreden dagegen hat. Kann man also dem Beklagten das rechtliche Gehör nicht versagen oder verkümmern, so darf der Beweis nur über contestirte Facta geführt werden, und wenn es gleich gestattet ist, bei Formirung der Beweisartikel Thatsachen aufzunehmen, welche in der bisherigen Verhandlung noch nicht vorgekommen sind, so ist dieß doch nur in so weit zulässig, als damit ein künstlicher Beweis bezielt werden soll *u*).

---

## Zweites Kapitel.

### Arten der Klagen.

### §. 15.

#### Uebersicht.

Die verschiedenen Eintheilungen der Klagen beziehen sich

I. auf die Beschaffenheit des geltend gemachten Rechts;

II. auf die richterliche Gewalt;

III. auf den äussern Umfang des Rechts;

IV. auf die Rechtsquelle;

V. auf den Gang des Verfahrens;

---

*u*) Linde's Lehrbuch §. 264. Note 2. Bayer's Vorträge über den Civilprozeß S. 427. num. 4.

Digitized by Google

VI. auf die Dauer der Klagen.

Ueber die nach diesen verschiedenen Theilungsgründen stattfindenden Klagarten soll nun kürzlich folgendes in Erinnerung gebracht werden.

## I. Nach der Beschaffenheit des klagbar verfolgten Rechts als eines dinglichen oder persönlichen.

### §. 16.

Die dinglichen Klagen v).

Durch die Beschaffenheit des Rechts, worauf sich die Klage gründet, wird im Fall seiner Verletzung eine Verpflichtung begründet entweder für jeden, der einer mit diesem Recht unvereinbarlichen Befugniß sich anmaßt, oder nur für denjenigen, der zu dessen Achtung besonders verpflichtet ist. Hieraus entsteht die überaus wichtige und practische Eintheilung in dingliche und persönliche Klagen (in rem und in personam actiones) mit ihren Neben- und Unterabtheilungen. Der Unterschied zwischen diesen beiderlei Arten von Klagen ist erschöpfend bezeichnet durch den gesetzlichen Begriff in l. 25. pr. D. de obl. et act. (44, 7): in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. Jede dingliche Klage gründet sich demnach auf die von dem Kläger behauptete Zustän-

v) Du Roi Bemerkungen über actio in rem etc. im civ. Archiv VI. S. 252. 386.

digkeit des dinglichen Rechts an der Sache, die er zum Gegenstande der rechtlichen Verfolgung macht. Sie geht gegen jeden, der des Klägers Recht bestreitet und sich im Besitze der Sache befindet. Der Klaggrund ist also das Eigenthum an der Sache, oder ein sonstiges dingliches Recht an derselben (Servitut, Pfandrecht ꝛc. als vom Eigenthum zum Besten eines Andern abgesonderte Bestandtheile desselben — jura in re —) oder das Erbrecht. Der Zweck der Klage oder das Gesuch des Klägers ist immer: der Richter solle aussprechen, daß das Recht dem Kläger zustehe w), ohne daß es auf Gründe einer von dem Beklagten besonders contrahirten Verpflichtung ankäme. Es ist genug, daß er sich im Besitz einer Sache oder eines Rechts befindet, wovon das dingliche Recht, und damit denn zugleich das Recht zu besitzen, dem Kläger zusteht. Daher geht das Klagpetitum immer dahin, zu erkennen und auszusprechen:

„daß dem Kläger das Eigenthum ꝛc. an der Sache zustehe",

so wie bei der Erbschaftsklage:

„daß der Kläger Erbe des N. sey"

Indessen wird diesem Gesuche, welches uneigentlich das Hauptgesuch genannt wird, noch das s. g. Nebengesuch x), eigentlich gefolgerte oder Conclusions-Gesuch,

---

w) Das Recht soll dem Kläger nicht zuerkannt, gleichsam erst durch Erkenntniß constituirt, sondern nur als ihm schon zuständig erklärt werden. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. (8, 5.)

x) Beide machen das Hauptgesuch aus; denn beide gehen auf die Hauptsache. Das eigentliche Nebengesuch geht auf die Accessionen, wohin nicht nur alles Zugehör

Digitized by Google

gewöhnlich angehängt, um nicht über das, was Folge der Verurtheilung des Beklagten zur Anerkennung des dinglichen Rechts ist, noch eine Klage erheben zu müssen, nämlich: daß der Beklagte diesem, dem Kläger zustehenden Rechte gemäß sich zu verhalten schuldig sey, oder wie dieß nach Verschiedenheit des dinglichen Rechts eigentlich ausgedrückt wird, bei der Eigenthumsklage:

„Derowegen (daher) der Beklagte das Grundstück sammt Zugehör und Nutzungen dem Kläger abzutreten, auch alle Schäden und Kosten zu erstatten schuldig sey."

In der Praxis, die sich eben öfters über den eigentlichen, obschon in der Theorie wohl begründeten Sinn der Formeln hinwegsetzt, geschieht es häufig, daß bloß der consecutive Theil des Petitums gebraucht wird, was jedoch keine Nachahmung verdient, einmal weil es dem Genius der dinglichen Klagen nicht gemäß ist, das Petitum gleichsam auf eine Forderung zu richten, und dann weil es bei einem strengen Richter leicht den Zweifel veranlassen möchte, ob nicht die Klage als inept zu verwerfen sey *y*). Vollends ungeschickt wäre das Gesuch, wenn in der Hypothekarklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekobjects auf Zahlung der Forderung geklagt würde, da dieser nicht Schuldner, sondern nur Besitzer der mit der Hypothek behafteten Sache ist, und leichtbegreiflich lieber die Hypothek abtreten, als eine von ihm nicht contrahirte, den Werth der Sache vielleicht übersteigende Forderung zu bezahlen sich bereit finden

---

der Hauptsache, sondern auch deren Früchte und Nutzungen, Zinsen, Schäden, Prozeßkosten gerechnet werden.

*y*) Schmidt's Lehrb von Klagen §. 435. Note h. — Heut zu Tage wird es freilich keinem Richter einfallen, die Sache so streng zu nehmen.

Digitized by Google

lassen möchte. Aeltere, juristisch taktfeste Practiker haben in diesem Fall nicht einmal ein alternatives Petitum auf Zahlung oder Einräumung der Hypothek zugelassen, sondern den Kläger mit seiner Klage angebrachtermassen abgewiesen *z*).

## §. 17.

### Präjudicialklagen.

Zu den dinglichen Klagen werden selbst in den Rechtsquellen *a*) die Präjudicialklagen gerechnet. Im Allgemeinen kann zwar von jeder Klage gesagt werden, daß sie in Beziehung auf andere als Präjudicialklage erscheine, sofern als die Entscheidung über das ihr zum Grunde liegende Rechtsverhältniß Einfluß auf ein anderes hat. Bei manchen tritt dieses präjudicirliche Verhältniß sehr sichtbar hervor. So mag die confessorische Klage gegen den, der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zu seyn behauptet, so wie überhaupt jede Klage, welcher eine exc. praejudicialis entgegen gesetzt werden kann, in diesem weitern Sinn eine Präjudicialklage genannt werden. Bei einer verweigerten Annual-Prästation wirkt die rechtliche Geltendmachung des Anspruchs auf die heurige Leistung, wenn sie gegen die Nichtanerkennung der Verbindlichkeit gerichtet ist, und für den Fordernden erkannt wird, ein praejudicium auch für die Leistungen der künftigen Jahre *b*). In-

---

*z*) Boehmer de act. Sect. II. c. 3. §. 100.

*a*) §. 13. I. de act. (4, 6.)

*b*) Indessen wird in einem solchen Falle wohl nicht die dermal widersprochene Leistung allein, sondern die Schuldigkeit überhaupt zum Gegenstand der Klagr gemacht werden, weil dem Berechtigten nicht damit gedient ist,

Digitized by Google

dessen von solchen Präjudicialklagen ist hier nicht die Rede, sondern von den in einem besondern Sinn also genannten, auf die auch nur allein der Satz: praejudiciales actiones in rem esse videntur, paßt. Rücksichtlich dieser eigentlichen Präjudicialklagen ist nun folgendes zu bemerken.

Es gibt Rechte, welche Grundbedingung der Geltendmachung anderer Rechte sind, so daß also von ihrem Bestehen oder Nichtbestehen die Klagbarkeit der letztern abhängt, ohne daß im übrigen das Erkenntniß über erstere an sich schon eine Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung enthielte, die dadurch nur vorbereitet wird. Diese mit einer Präjudicialklage verfolgten bedingenden Rechte gehen hauptsächlich c) auf die Behauptung oder Anfechtung eines persönlichen Zustandes (Status), und weil dieser Zustand, z. B. die Freiheit, der Familienstand, die Vaterschaft, das Bürgerrecht ꝛc. von dem Kläger entweder behauptet oder angefochten wird, so gibt es sowohl affirmative als negative Präjudicialklagen. Da diese Klagen gegen jeden gehen, welcher mir den Zustand und die demselben correspondirende Verbindlichkeit bestreitet, oder umgewandt der denselben mit den davon abhängenden Rechten gegen mich behauptet, den ich aber nicht anerkenne, so äussert sich hierin das Characteristische einer

---

alle Jahre prozessiren zu müssen, so sehr er auch in der dermaligen Entscheidung eine ziemlich sichere Aussicht für den günstigen Ausgang der künftigen Prozesse für sich hat.

c) Denn aus Gajus (inst. IV. §. 44.) weiß man nun, daß die Präjudicialklagen nicht bloß auf quaestiones status beschränkt waren.

Digitized by Google

dinglichen Klage *d*), indem ich mein beſtrittenes Recht mit einer Vindication verfolge oder meine Befreiung mit der Negatorienklage geltend mache.

## §. 18.

### Fortſetzung.

Man kann aber den Gegenſtand einer Präjudicialklage entweder principaliter, oder präparatoriſch klagbar, oder mittelſt einer Einrede incidenter im Rechtswege zur Erörterung bringen. Es kann nämlich auf Anerkennung des Status oder was ſonſt Gegenſtand des Präjudicialpunkts iſt, 1) abſolut und hauptſächlich geklagt werden, oder 2) präparatoriſch zum Zweck einer damit ſucceſſiv cumulirten Hauptklage, oder 3) es kann der Präjudicialpunkt als Einrede vorgeſchützt und incidenter bei dem Verfahren über die Hauptſache erörtert werden.

Der erſte Fall tritt ein, wenn man die präjudicielle Eigenſchaft als Quelle mehrerer daraus abzuleitender Rechte, nicht gerade für einen gegebenen beſondern Anſpruch allein, geltend zu machen ſucht. Hier tritt der Kläger principaliter klagend auf und ſucht, indem er affirmativ klagt, die ihm von einem beſtimmten Gegner (denn ein ſolcher wird immer vorausgeſetzt) widerſprochene Eigenſchaft und damit den Genuß der davon abhängenden Rechte für künftig vorkommende Fälle ſich zu ſichern. Er klagt alſo z. B. gegen die Familie N. auf Anerkennung der ihm ſtreitig gemachten Familien-

---

*d*) Glück's Comm. III. S. 597. Der dinglichen Eigenſchaft dieſer Klagen widerſpricht Du Roi im Archiv f. civ. Praxis VI. S. 406.

Digitized by Google

Rechte; oder — der Fall einer negativen Präjudicialklage — der Fiskal klagt gegen den angeblichen Herrn von X. wegen Anmaßung des adeligen Namens und Standes.

Der zweite Fall wird gewöhnlich durch das streitig gemachte Hauptrecht selbst herbeigeführt. Mevius klagt nicht auf die Zuständigkeit der Rechte eines Gemeindeglieds in der Gemeinde O. allein und ohne besondere Veranlassung, sondern weil ihm bei der bevorstehenden Theilung der Gemeindegründe das Theilnahmsrecht verweigert wird. Vielleicht ist dieses Recht überhaupt das Einzige, was in dem ganzen Gemeindeverband active Realität hat, und wären die Gemeindegüter nicht zur Vertheilung gekommen, Mevius hätte wohl nie Veranlassung gefunden, mit der Präjudicialklage klagend aufzutreten. Man pflegt in solchen Fällen erst die Gelegenheit abzuwarten, wo das bestrittene Recht wirksam wird, weil man dafürhält, daß es dann noch immer Zeit sey, sein Recht geltend zu machen.

Der dritte Fall würde eintreten, wenn z. B. der Beklagte der Klage auf Vertragserfüllung mit der Einrede der Minderjährigkeit begegnete. Hier läßt sich auch die Präjudicialfrage als mit einer Klage verfolgbar kaum denken.

## §. 19.

### Die persönlichen Klagen.

Die persönlichen Klagen gehen immer auf eine Forderung und nur gegen eine zu deren Erfüllung besonders verpflichtete Person. Ihr Grund ist eine Obligatio, und ihr Zweck nach der Sprache des römischen Rechts ein dare — facere — praestare. Das Gesuch ist daher jederzeit auf eine Leistung (auf ein Geben,

Zahlen, Erſtatten, Thun) gerichtet. Das letzte Glied, oder das praestare, bezieht ſich auf die actiones in factum. Der gemeinhin aber uneigentlich von allen perſönlichen Klagen (denn auf die in factum actiones paßt er nicht) gebrauchte Name condictiones, actiones condictitiae e) bezieht ſich nach dem neuern oder juſtinianiſchen Recht nur noch auf diejenigen Klagen, welche auf ein dare oder dare facere oportere gehen, d. h. auf die Eigenthumsübertragung eines Gegenſtandes, wovon der Kläger nicht Eigenthümer iſt; es ſey nun daß er das Eigenthum nie gehabt, oder auf einen Andern übertragen hat. Letzteres kann in Folge einer von dem Beklagten contrahirten Verbindlichkeit der Rückgabe geſchehen ſeyn, wie bei der Darlehensgebung, daher die condictio ex mutuo, oder auch ohne eigentliche vertragsmäßige Verbindlichkeit, bloß weil der Andere die Sache ohne rechtlichen Grund in Beſitz hat, daher ſie (quasi ex contractu) zurückzugeben ſchuldig iſt, wie bei der condictio indebiti u. dgl. Niemals aber wird das Eigenthum condicirt; nur die condictio furtiva macht eine Ausnahme. Wird daher mit einer perſönlichen Klage z. B. ex contractu depositi das Eigenthum zurückgefordert, ſo heißt die Klage nicht condictio, ſondern actio, daher gibt es keine condictio ex commodato, ex deposito, pignore.

---

e) Der Name iſt entlehnt von der altrömiſchen Prozeßform, einen Rechtsſtreit über Forderungen auf ein dare durch Anſagen (denunciare, in der alten Sprache condicere) an den Gegner einzuleiten: der Kläger ſagte ihm an, er ſolle ſich nach 30 Tagen ad judicem capiendum wieder einfinden. Zimmern's röm. Civilprozeß §. 43. S. 121.

Digitized by Google

Es wird zum Verständniß des Gesagten, so wie mancher hier bemerkten Arten persönlicher Klagen, überhaupt zum richtigen Auffassen der gesetzlichen Terminologien diensam seyn, folgendes aus der römischen Rechtsgeschichte sich zu vergegenwärtigen. Die von dem Prätor auf die bei ihm angebrachte Klage dem Juder ertheilte Instruction (formula) zur Instruirung und Entscheidung des Rechtsstreits hatte eine andere Bedeutung, als wenn etwa h. z. T. eine obere Gerichtsbehörde einer ihr untergebenen per modum commissionis den Auftrag macht, eine Rechtssache zu instruiren und (salva appellatione an jene, den Committenten) nach ihrem rechtlichen Ermessen den Gesetzen gemäß zu entscheiden. Die richterliche Gewalt war und blieb bei dem Prätor oder überhaupt bei dem magistratus, der damit bekleidet war, indem er dem Juder genau vorschrieb, wie er nach Beschaffenheit des Rechtsanspruchs zu Folge des Ergebnisses der factischen Untersuchung entweder nach dem jus civile, oder nach der ebenfalls vorgezeichneten Analogie des Rechts, oder auch — nach Umständen — der Billigkeit (aequitas) gemäß entscheiden sollte. Die formula, oder wenn man so sagen will, das Commissorium enthielt also schon die eventuelle Entscheidung, und der Juder konnte, wenn ihm nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder nachgelassen war, ex fide bona oder nach der aequitas, da wo es nämlich besonders auf eine Schätzung ankam, zu entscheiden, sich nicht herausnehmen, von dem, was in der Formel als Recht genau bezeichnet war, abzuweichen. Die Entscheidung nach billigem Ermessen war ihm nur gestattet, wenn die Klage nicht auf ein certum, auf einen bestimmten Gegenstand — Sache oder Summe — ging; denn in diesem letztern Fall konnte er, nach dem Ergebniß der Verhandlung, den Beklagten schlechthin nur verurtheilen

oder losſprechen *f*). Unter condictiones werden nun bloß die auf ein certum, alſo auf ein dare gehenden Klagen, ſo wie die auf ein incertum alſo auf ein dare facere gehenden, im engſten Sinn aber nur die erſteren, verſtanden; nicht alſo die auf praestare gehenden actiones in factum. Nur mit Ausſcheidung dieſer ſind alſo alle perſönliche Klagen Condictionen. Dieſe condictiones konnten

---

*f*) Die formula hatte folgende Beſtandtheile; (vergl. Gaji instit. IV. §. 39 sqq.) I. Die Bezeichnung des Streitgegenſtandes und factiſchen Klaggrundes, (demonstratio), II. den rechtlichen Grund und Zweck der Klage, oder was der Kläger mit der Klage eigentlich beabſichtete, (intentio) III. die adjudicatio, ſofern nämlich der Fall eintrat, daß der Judex bei Theilungsklagen einer der ſtreitenden Parteien etwas von der zu theilenden Maſſe zuſprechen ſollte; endlich IV. die condemnatio des Beklagten, welcher Theil der Formel auch die Losſprechung begriff. War nun die intentio des Klägers (II.) auf einen beſtimmten Gegenſtand, Sache oder Summe (auf ein certum) gerichtet, ſo daß es alſo nur auf ein dare ankam, und die Verbindlichkeit des Beklagten im Civilrecht begründet war, ſo lautete die hiernach eingerichtete (in jus concepta) formula: Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Sestertium X. millia dare oportere, condemna, si non paret, absolve (wenn ſich aus der Unterſuchung ergibt, daß der Beklagte N. dem Kläger A. die Summe von ꝛc. ſchuldig iſt, ſo verurtheile ihn; wo nicht, ſo ſprechr ihn los.) — War die intentio des Klägers nicht auf ein ſolches certum, ſondern auf ein incertum gerichtet, ſo daß es alſo nicht auf ein beſtimmt zu bezeichnendes Geben, ſondern überhaupt oder nebenher auch auf eine Leiſtung ankam, (auf ein dare vel facere), ſo war die Formel: quidquid paret . . . dare facere oportere, condemna etc.

Digitized by Google

konnten theils strictae actiones seyn, welche die Regel ausmachen, theils bonae fidei. Erstere können wie gedacht entweder auf ein certum oder incertum gehen, je nachdem die intentio certa oder incerta ist. Die bonae fidei actiones gehen nie auf ein certum, sondern haben die incerta intentio mit der condictio incerti gemein, von welcher sie sich jedoch durch den Zusatz: quidquid paret . . . dare facere oportere ex fide bona; unterscheiden. Hievon hernach (§. 22.) noch Einiges.

## §. 20.

### Fortsetzung.

Die persönlichen Klagen können sich auf eine verbindliche Handlung des Beklagten gründen, oder ohne eine solche unmittelbar vom Gesetz aus Gründen der Billigkeit gegeben seyn. Jene hat man sonst actiones nativae, diese dativae genannt. Diese ohnehin bloß auf die obligationes sich beziehenden Namen sind jetzt veraltet; das Sachverhältniß besteht aber gesetzlich. Unmittelbar auf eine vom Gesetz sanctionirte Billigkeit gründen sich die actio ad exhibendum, das interdictum de glande legenda, de arboribus caedendis, wovon in der Folge die Rede seyn wird. Die obligatio, die nicht wie hier durch den bloßen Willen des Gesetzes begründet wird, sondern ihren Entstehungsgrund in einem obligatorischen Factum hat, bringt verschiedene Klagarten hervor, je nachdem das Factum ein Vertrag oder vertragmäßiges Verhältniß (verus oder quasi — contractus) oder aber eine unerlaubte Handlung ist.

Hier sind noch verschiedene generische Namen zu bemerken:

1) Die Klagen aus eigentlichen Verträgen sind ent-



Digitized by Google

weder directae *g*) oder contrariae, indem aus dem Vertrag entweder nur für Einen der Vertragſchließenden eine Klage entſteht, wie aus dem Darlehen die actio mutui bloß für den Darlehensgeber, oder für jeden Contrahenten dergleichen begründet iſt. Letzteres iſt der Fall bei allen gegenſeitigen Verträgen, zu deren Weſen es gehört, daß jeder Contrahent berechtigt und verpflichtet zugleich iſt. Dagegen entſtehen directae et contrariae aus einſeitigen Geſchäften, bei welchen zunächſt zwar nur der eine Contrahent als Gläubiger berechtigt iſt, aber zufällig auch der andere als Schuldner es werden kann. Die Klage des Erſtern heißt dann directa, die des Letztern contraria. Dieß iſt bei dem Kauf und allen bonae fidei Contracten der Fall, niemals bei den negotiis stricti juris z. B. beim mutuum.

2) Aus unerlaubten Handlungen kann ein Anſpruch auf Schadenserſatz allein (actio rei persecutoria), oder auf Strafe allein (a. poenae persecutoria s. poenalis) oder auf beides gehen (a. mixta). Nach der gemeinen Meinung kennt das heutige Recht keine Pönalklagen mehr, weil Strafen überhaupt nur im öffentlichen Intereſſe von der Strafgewalt verhängt werden, und die

*g*) In einer andern Bedeutung iſt actio directa die im Geſetz für ein gewiſſes Klagverhältniß ausdrücklich gegebene Klage, im Gegenſatze von einer bloß wegen Aehnlichkeit des Grundes der Billigkeit halben für ein anderes Verhältniß zugelaſſenen oder nachgebildeten Klage, actio utilis, wohin inſonderheit die fictitiae actiones gehören, obſchon nicht alle utiles fictitiae ſind, wohl aber umgewandt. Der Pupill hat die actio tutelae directa gegen den Vormund, der Minderjährige kann gegen den Curator ebenfalls mit der a. tutelae klagen, da es eine a. curatelae nicht gibt, jedoch nur utiliter.

Digitized by Google

Geldstrafen dem Fiskus zufallen, nicht dem Beleidigten. Selbst solche Geldbußen, die etwa dem letztern zu entrichten sind, wie bei der ästimatorischen Injurienklage, so wie das s. g. Schmerzengeld haben mehr die Eigenschaft einer Entschädigung, oder vertreten, wie bei der actio de tigno juncto, bloß die Stelle des nicht sicher auszumittelnden Betrags des Schadens. Indessen hat die entgegengesetzte Meinung, daß nämlich die Pönalklagen auch heute noch anwendbar seyen, sowohl unter Theoretikern als Practikern tüchtige Vertheidiger gefunden *h*).

## §. 21.

### Gemischte Klagen.

Es gibt Klagen, die theils dinglicher theils persönlicher Natur sind und gemischte (a. mixtae) in diesem Verstande (anders § antec.) heißen. Sie gründen sich auf ein persönliches Recht, welches ein dingliches voraussetzt. Die Erbschaftsklage, die mit hieher gerechnet wird, gehört also nur in so fern zu den gemischten Klagen, als mit ihr, als einer dinglichen Klage, zugleich persönliche Ansprüche verfolgt werden, indem der Kläger von dem Besitzer der Erbschaft neben deren Abtretung zugleich Rechnungslegung, Schadensersatz ꝛc. fordert *i*). Eigentlich aber gehören nur hieher die drei Thei-

---

*h*) A. D. Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 67. Hofacker princ. jur. civ. II. §. 802. Thibaut System des Pand. Rechts §. 66. Leyser Spec. 56. med. 2. Wernher obs. Part. III. O. 24.

*i*) L. 25. §. 18. D. de hered. petit. (5, 3.) L. 7. C. eod. (3, 31.)

lungsklagen: familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum *k*).

Bei den Theilungsklagen kann jeder der streitenden Interessenten als Kläger auftreten, weil die Verhältnisse beider in Beziehung auf die Rechtsverfolgung gleich sind *l*). Darum heißen sie, gleichwie das ebenfalls in diese Kategorie gehörende interdictum retinendae possessionis, auch doppelseitige Klagen (judicia duplicia) und es tritt dabei das Eigenthümliche, wie man sagt, ein, daß auch der Kläger gegen die sonstige Regel condemnirt werden könne, welcher Satz jedoch falsch oder wenigstens nicht richtig ausgedrückt ist. Denn der Kläger kann, so lange er als solcher d. h. als Fordernder erscheint, niemals verurtheilt werden; tritt er aber unter einem Rechtsverhältniß, wo er die Klage seines Gegners hätte abwarten können, klagend auf, oder ist der Beklagte in der Lage, seine Einrede als Wiederklage geltend machen zu können, also bei dem interd. retinendae die Einrede des besser begründeten Besitzes, so geschieht hier nichts ausserordentliches, wenn der in der Parteirolle als Beklagter erscheinende Kläger verurtheilt wird. Auch in Beziehung auf die Beweisführung zeigt das Auftreten Eines der Streitenden als Kläger seine Wirkungen wie gewöhnlich. Was insonderheit das int. uti possidetis betrifft, so erscheint es nur in sofern als duplex, als der Beklagte die Störung aus dem Grunde des ihm selbst zustehenden Besitzes begangen hat, was gerade nicht immer nothwendig der Fall seyn muß, da auch andere Ursachen als controversa possessio sein Benehmen veranlaßt haben können *m*).

*k*) §. 20. I. de act. (4, 6.)

*l*) §. 7. I. de interdictis (4, 15.)

*m*) Voet comm. L. 43. tit. 17. §. 3.

Auch die actiones in rem scriptae oder diejenigen persönlichen Klagen, wobei nach gesetzlicher Bestimmung jeder Besitzer der Sache, in Beziehung auf welche uns ein Rechtsanspruch gewisser Art zusteht, als uns verpflichtet angenommen wird, werden zu den gemischten Klagen gerechnet. Ein solcher Rechtsanspruch kann sich auf eine vom Gesetz anerkannte Nothwendigkeit gründen, wie bei der actio ad exhibendum *n*) oder auf eine Schadenszufügung, wie bei der actio quod metus, bei der a. de pauperie, der a. pauliana, der a. aquae pluviae arcendae, dem interd. quod vi aut clam. Indessen haben mit Ausnahme der Erbschaftsklage alle diese gemischten Klagen mehr die Natur persönlicher als dinglicher Klagen *o*).

## II. Bezüglich auf die richterliche Gewalt.

### §. 22.

Actiones stricti juris etc.

Die Kenntniß der stricti juris und bonae fidei actiones nach ihrem Wesen und ihrer Verschiedenheit von einander ist, wenn auch nicht unmittelbar der practischen Anwendbarkeit wegen — denn in unsern Gerichten wird bei jeder Klage auf alles gesehen, was der Natur des Geschäfts und der gesetzlich sanctionirten Billigkeit gemäß ist — doch zum Verständniß der Rechtsquellen wichtig, daher hier folgendes erinnert wird. Es

---

Albert über das interd. uti poss. (Halle 1824. 8.) §. 115.

*n*) L. 1. D. ad exhib. (10, 4.)

*o*) v. Löhr Magazin für Rechtswissensch. IV. nr. 2.

ist vorhin (§. 19.) schon bemerkt worden, daß alle persönliche Klagen, die nicht in factum actiones sind, entweder strictae oder bonae fidei actiones sind, und was der Name condictiones bedeutet. Bei den stricta judicia hatte sich der Juder genau an die Formel zu binden, und konnte nur das von den Rechtsverhältnissen der Parteien in Erwägung ziehen, was in die Formel aufgenommen war. Dagegen gab ihm die Formel: quidquid dare facere oportet ex fide bona die Befugniß, zu entscheiden, wie er die Sache dem Recht, und zwar nicht bloß dem strengen jus civile, sondern auch der aequitas, gleichsam dem materiellen Recht gemäß fand *p*).

*p*) Die Verschiedenheit zeigte sich sowohl in Ansehung des Gegenstandes der Klage, als der Einreden dagegen. Ging nämlich. A) was den Gegenstand anlangt, die Klage auf eine bestimmte Geldsumme, so durfte der Judex nicht mehr oder weniger condemniren; er mußte also, wenn der Kläger 100 gefordert hatte, bei der Untersuchung aber sich ergab, daß der Beklagte nur 99 schuldig war, diesen absolviren. Hatte er eine Schätzung zu machen, so durfte er nur auf den bestimmten Werth der Sache zur Zeit der Klaganstellung Rücksicht nehmen. Es kamen auch keine Verzugszinsen, keine Gegenansprüche des Beklagten, wenn diese letztern nicht ausdrücklich in die Formel als exceptiones gesetzt waren, in Betrachtung. Alles dieses war anders bei den b. f. actiones. B) Auch bei Berücksichtigung der Einwendungen des Beklagten zeigte sich der Unterschied. Es galten nur solche Einreden, auf die der Judex in der Formel angewiesen war. War die Forderung des Klägers nicht ipso jure (civili) aufgehoben, sondern nur ope exceptionis, so konnte die Aufhebung nur dann beachtet werden, wenn die Exception in die Formel gesetzt war, sey es auch nur mittelst des allgemeinen Ausdrucks der exc. doli: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat. (L. 2. §. 5. de

Zu den b. f. judicia s. actiones gehören q) die Klagen aus den Consensual-Contracten, ferner von den Realcontracten: die actio commodati, pigneratitia, praescriptis verbis de aestimato, ex permutatione; von den Quasicontracten: die actio tutelae, familiae erciscundae, communi dividundo, endlich die hereditatis petitio. — Verwandt mit den b. f. Actionen sind die actiones arbitrariae. Bei diesen muß man aber die Bedeutung nach römischem Recht nicht mit der heutigen vermengen.

a) Nach römischem Recht war ein Unterschied zwischen arbitrium und judicium. Jenes war für den Beklagten ein Auskunftsmittel, wie er durch rechtzeitige Anerkennung seines Unrechts und freiwillige Erfüllung des Klagbegehrens der Entscheidung nach strengem Rechte zuvorkommen konnte. Der z. B. mit der actio de dolo Angegriffene hatte bei rechtlicher Entscheidung der Sache zu erwarten, daß er nicht nur die betrügerisch an sich gebrachte Sache dem Kläger restituiren mußte, er setzte sich auch allen aus dem Betruge folgenden Privatstrafen des Mehrfachen, der Infamie ꝛc. aus. Aber um Weitläufigkeiten zu vermeiden konnte der Richter ihm im Weg der Güte die Weisung geben, wie er nach

---

doli mali exc. 44, 4.) Bei dieser generellen exc. doli — verschieden von der speciellen, wo sich der Bekl. auf einen vergangenen dolus gründete — behauptete der Bekl. daß der Kläger überhaupt dolose fordere. (G. F. Puchta System des gem. Civilrechts S. 37. Anm. 58.) — Anders war dieses alles bei den b. f. judiciis, wo schon die Worte ex fide bona eine Berücksichtigung der Einreden forderten, was der Rechtssatz: dolus s. exc. doli inest b. f. judiciis, ausdrückt.

q) §. 28. I. de act. (4, 6.)

ſeinem, des Richters, Dafürhalten (arbitrium) den Kläger zufrieden ſtellen und ſo den nachtheiligen Folgen der rechtlichen Entſcheidung nach geſetzlicher Strenge zuvorkommen könne; etwa ſo wie noch h. z. T. der Richter dem Beklagten beim Beginnen des Prozeſſes vorſchlägt, was er nach Billigkeit zur Befriedigung des Klägers zu leiſten habe: „laſſe Er es nicht auf Weit„läuftigkeiten ankommen; gebe Er die Sache in Güte „heraus ꝛc.; Er könnte bei der Entſcheidung ſchlimmer „wegkommen u. ſ. w.". — Erſt wenn der Beklagte ſich nicht fügte, das arbitrium judicis nicht annahm, erfolgte die Condemnation nach aller Strenge des Rechts r). Dieß war die eine Art der actiones arbitrariae. Die andere war

b) die, welche wir auch h. z. T. unter arbiträren Klagen verſtehen, und wo ſelbſt bei der förmlichen Entſcheidung das billige Ermeſſen des Richters zum Anhalt diente. Der Richter konnte nämlich, und kann noch jetzt, nach Beſchaffenheit des Gegenſtandes den Werth einer Sache oder das Intereſſe in beſondern Fällen, weil nämlich auf andere Weiſe keine volle Gewißheit zu erlangen wäre, nach ſeinem vernünftigen Dafürhalten beſtimmen. In den Geſetzen iſt namentlich bei der actio de eo quod certo loco dieſer richterlichen Befugniß erwähnt. Wenn es nämlich auf die Differenz der Präſtation von Getreid- oder andern Früchten an dieſem oder jenem Orte, wo verſchiedene Preiſe beſtehen, ankommt, ſo ſoll wegen dieſer örtlichen Verſchiedenheiten des Waaren- und ſelbſt des Geld-Preiſes das billige

r) §. 27. 31. I. de act. (4, 6.) L. 18. pr. D. de dolo malo (4, 3.) Schweppe röm. Privatrecht §. 162. S. 356. (IV. Ausg.)

Digitized by Google

Ermessen des Richters den Betrag der Leistung festsetzen *s*). —

Bei streitigen Grenzen, bei verwickelten Gemeinheits-Auseinandersetzungen, bei Kriegskosten-Ausgleichungen, so wie in geringfügigen Sachen muß der Richter oft von dieser Befugniß Gebrauch machen, sollen anders die Streitigkeiten, oft nur nach vorgefaßten Meinungen und Ansichten von dem id quod interest, nicht endlos werden. Der Richter schöpft hier seine Ueberzeugung von streitigen Thatsachen nicht der sonstigen Beweistheorie gemäß, folglich nicht auf dem gewöhnlichen Wege der Beweisführung, sondern weil dieser nicht anwendbar ist, auf ausserordentliche Weise, indem er den Regeln des reflectirenden Verstandes gemäß durch Combination nach Gründen der Wahrscheinlichkeit factische Verhältnisse gewissermassen supplirt, und so das Wahre zu ermitteln sucht und dem Streit ein Ende macht.

## III. Bezüglich auf den äussern Umfang des Rechts.

### §. 23.

Actiones universales etc.

Der klagbar verfolgte Gegenstand kann eine universitas juris, oder auch ein Inbegriff mehrerer Sachen z. B. die aus einer geführten Verwaltung entstandenen mehrern Ansprüche, oder endlich eine einzelne Sache seyn. Hiernach werden die Klagen in universales (s. de universitate), generales und singulares eingetheilt. Diese Eintheilung zeigt sich als practisch wichtig in Rücksicht der durch die Anstellung einer Klage ge-

*s*) L. 3. D. de eo quod certo loco. (13, 4.)

wöhnlich bewirkten Aufhebung derselben und der exc. rei judicatae. Eine Specialklage kann nämlich nur einmal angestellt werden, es mag der Zweck damit erreicht worden seyn oder nicht. Auch eine Universalklage ist nur einmal zu gebrauchen, obschon einzelne Gegenstände aus der Universitas vor und nach angestellter Universalklage klagbar verfolgt werden können *t*). Eine Generalklage kann aber, sowie dazu mehrmals Veranlassung gegeben werden kann, auch öfter angestellt werden. So ist es unbedenklich, daß der gewesene Pflegbefohlene, nachdem er seinen Vormund schon einmal mit der actio tutelae belangt hat, aufs neue mit derselben klagend auftritt, wenn neue Ansprüche gegen selbigen zum Vorschein kommen, die sich auf Haftung aus der geführten Vormundschaft gründen *u*).

Was die außer dem Hauptgegenstand der Klage noch vorkommenden und zum Nebengesuche (§. 16.) gehörigen Accessionen, als da sind Früchte, Nutzungen, Verzugszinsen, Prozeßkosten anlangt, so können sie ihrer Natur nach nicht aus einem selbstständigen Klagfundament gefordert werden, sie theilen vielmehr das Schicksal des Hauptanspruchs. Es beruhte die Verbindlichkeit ihrer Leistung nach R. R. lediglich auf richterlicher Festsetzung *v*). Deswegen und, was wohl das natürlichste ist, um nicht einen doppelten Prozeß zuzulassen, konnten sie weder vor noch nach der Hauptklage besonders eingeklagt werden. Auch fiel mit der Tilgung der Principalschuld

---

*t*) L. 20. §. 4. L. 44. pr. D. fam. ercisc. (10, 2.)

*u*) L. 2. C. de jud. (3, 1.)

*v*) — „non sunt in obligatione, sed officio judicis praestantur.“ L. 49. §. 1. D. de act. emti et vend. (19, 1.) L. 54. pr. locati (19, 2.)

Digitized by Google

durch Zahlung, Compensation ꝛc. auch die accessorische hinweg, und ebenso konnte, wenn die Hauptklage durch Anstellung aufgehoben war, oder der Richter diese Nebenpunkte überging und das Erkenntniß rechtskräftig wurde, die Forderung nicht mehr geltend gemacht werden. Nur wenn der Kläger bei der Annahme der Hauptforderung die Leistung der Accessionen nicht bloß einseitig durch eine Protestation sich vorbehielt, sondern ausdrücklich selbige sich versprechen ließ, oder dem Beklagten ein Betrug zur Last fiel, war die Klage, natürlich kraft der besonders contrahirten Obligation, auch auf die Nebenansprüche vorbehalten. Dieß gilt auch in der Praxis *w*).

## IV. Bezüglich auf die Rechtsquelle.

### §. 24.

Actiones civiles, honorariae etc.

In Beziehung auf die gesetzliche Quelle gibt es nach dem R. R.

1) Klagen, die aus dem Civilrecht entspringen (act. civiles). Von den civilrechtlichen persönlichen Klagen sind einige mit dem Geschäft selbst, worauf sie gehen, durch ein neues Gesetz eingeführt; diese erhalten ihren Namen von dem neuen Gesetz d. h. sie werden durch dessen Anführung bezeichnet: condictio ex lege... (z. B. cond. ex L. 30. C. de inoffic. test. oder die s. g. expletorische Klage auf Ergänzung des Pflichttheils) *x*).

---

*w*) v. Glück IV. §. 331. Schweppe a. a. O. §. 165.

*x*) L. un. D. de cond. ex lege (13, 2.) Glück's Comm. XIII. §. 842.

Digitized by Google

Mit Ausdehnung auf Rechtsſätze, die im päpſtlichen Recht, in einem Statut oder Gewohnheitsrecht ihren alleinigen Grund haben, ſpricht man auch von condictiones ex canone, statuto, moribus.

2) Die aus den Edicten der römiſchen Magiſtrate (Prätoren, Aedilen) entſpringenden Klagen haben den gemeinſamen Namen actiones honorariae, näher bezeichnet aber praetoriae, deren die meiſten, und aedilitiae.

Mit beſonderer Beziehung auf die Klagformel werden die Klagen in vulgares und non vulgares eingetheilt. Unter den erſtern, die in den Quellen auch mit den Ausdrücken proditae, legitimae bezeichnet werden, verſteht man die in den Geſetzen (jus civile und prätoriſchem Edict) ausdrücklich und beſtimmt für einen gewiſſen Rechtsanſpruch vorgeſchriebenen. Die non vulgares ſind diejenigen, für welche keine beſondere Klagformel vorgeſchrieben war, wo daher immer nach den Eigenheiten des Falles (in factum) die Klage eingerichtet werden mußte. Sie erhielten daher den generellen Namen actiones in factum.

Es gehören aber nur die im Pandectentitel de praescriptis verbis et in factum actionibus erwähnten hieher, von welchen Papinian ſagt, daß man bisweilen in Ermangelung einer actio prodita et vulgaris zu Klagen ſeine Zuflucht nehmen müſſe, die keinen eigenen Namen hätten, und a. in factum genannt würden. Dieſe a. i. f. gehören nun aber zu den civiles und in jus conceptae. Dagegen beruhen die andern im Corpus Juris vorkommenden in factum actiones auf dem Weſen des ältern römiſchen Formular-Prozeſſes, und ſind den civiles act. entgegengeſetzt y).

---

y) War nämlich in der Formel, und zwar in der intenti-

## §. 25.

### Act. adjectitiae qualitatis.

Es gibt gewisse persönliche Klagen, deren sonstigem Namen noch ein Beisatz, der eine besondere Eigenschaft derselben bezeichnen soll, beigefügt ist. Es soll dieser Beisatz nämlich zur Rechtfertigung dienen, warum man die Klage gegen diesen Beklagten gerichtet habe, der eigentlich, da er Nichtcontrahent ist, auch nicht als der rechte erscheint, und nur kraft der angedeuteten Eigenschaft es ist. Ein solcher Beisatz ist das Wort institoria bei der actio emti institoria, die gegen den Handlungsherrn aus dem nicht mit ihm selbst, sondern mit seinem Factor geschlossenen Kaufvertrage gerichtet wird. Von diesem modificativen Beisatze wird

---

(§. 19. n. f.) der Anspruch des Klägers, als im Civilrecht oder in dessen von dem Prätor anerkannter Analogie (fictitie) begründet, bezeichnet: so hieß die Klage in jus concepta; war aber nur das factum bezeichnet, aus dem das Recht des Klägers sich herschreibt, ohne daß dafür der ausdrückliche Inhalt oder die vom Prätor ausgesprochene Analogie des Civilrechts zu allegiren war, — in factum actio. Jede i. f. a. in diesem Sinne ist eine prätorische. Von dieser Art ist z. B. die actio de recepto (L. 1. pr. D. nautae, caupones etc. (4, 9.)), weil der Schiffmann, Gastwirth ꝛc. nach dem jus civ. aus dem bloßen factum receptionis nichts schuldig war. Das Practische dieses Begriffs war übrigens schon zur Zeit Justinians mit der ältern Gerichtsverfassung (ordo judiciorum privatorum) untergegangen. Unter den allermeisten in factum actiones, die im Corpus Juris vorkommen, sind die der ebenbemerkten Art verstanden, und somit nur der Name ohne seine eigentliche Bedeutung übrig geblieben.

Digitized by Google

nun die Klage actio adjectitiae qualitatis genannt. Es gehören hieher, ausser der erstgenannten actio institoria, die actio exercitoria gegen den exercitor navis aus Geschäften mit dem magister navis, die a. quod jussu, de peculio und de in rem verso gegen den Paterfamilias aus Verbindlichkeiten, die der Haussohn unter den deßfallsigen Voraussetzungen contrahirt hat.

### V. Nach dem Gange des Verfahrens.

## §. 26.

### Die Interdicta.

Die Eintheilung der Klagen, welche sich auf den Gang des Verfahrens und dessen langsameres oder rascheres Fortschreiten zum Ziele bezieht, ist eine der wichtigsten. Für den Zweck der Prozeßbeschleunigung dient nun eine eigene Gattung persönlicher Klagen, die man Interdicte nennt, und darunter h. z. T. überhaupt summarische Klagen zum Zweck eines ausserordentlichen richterlichen Schutzes versteht.

Die Römer verstunden unter interdicta in der eigentlichen Bedeutung Befehle des Prätors, wodurch er in einer Rechtssache unmittelbar und ohne vorher einen judex zur nähern Untersuchung der Sache zu bestellen, auf einseitiges Anbringen des Klägers in den zu dieser ausserordentlichen Hülfe geeigneten Fällen durch Gebot oder Verbot Anordnungen machte. Nach der Formel, die hiebei gebräuchlich war: „exhibeas“ — „restituas“ — „vim fieri veto“ — und also nach dem Inhalte des Befehls theilte man die interdicta ein: in exhibitoria, die auf Herausgabe, restitutoria, die auf Rückgabe einer Sache oder Wiederherstellung

eines frühern Zustandes, und in prohibitoria, welche auf Unterlassungen gingen z). Auch das Gesuch um ein solches Interdict, oder die selbiges bezweckende Klage wurde mit diesem Namen bezeichnet, und nach Aufhebung der altrömischen Gerichtsverfassung mit dem ordo judiciorum privatorum war dieß noch die einzige Bedeutung des Worts und ist es, sofern es gebraucht wird, noch nach heutiger Praxis a). Uebrigens darf man den ältern röm. Interdicten-Prozeß in seinen Abweichungen von dem (Actionen-) Prozeß nicht durch den modernen Begriff vom summarischen Prozeß characterisiren.

Der durch interdicta bezweckte Schutz gegen Gefährdungen der Rechtssicherheit kann

1) öffentliche d. h. solche Rechte beziehen, die dem Menschen als Glied der Staatsverbindung zustehen, soweit für diese Rechte die Gesetze den Schutz im Civilrechtswege gewähren. Es ist dieß der Fall bei gewissen Gegenständen des Gebrauchs für jedermann, als da sind: öffentliche Plätze, Wege, Straßen, Flüsse. Das R. R. gibt dem, welcher in dem Gebrauche derselben gehindert, oder durch deren ungebührliche Benutzung benachtheiligt wird, verschiedene Interdicte: de locis et itineribus publicis, — de fluminibus publicis, mit verschiedenen Modificationen und nähern Bezeichnungen.

2) Andere Interdicte beziehen sich auf den Gottesdienst oder auf die Leichen-Beerdigung; wieder andere endlich

---

z) Nach Gajus (IV. §. 140.) hießen diese Befehle decreta, wenn der Prätor etwas anordnete, (cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur) interdicta, wenn er etwas verbot.

a) v. Savigny Recht des Besitzes §. 34 ff.

3) auf Rechte, welche das Privatvermögen allein zum Gegenstande haben.

Die zum Schutz der Rechte der ersten und zweiten Art dienenden Interdicte werden, zum Unterschiede der in die dritte Kategorie gehörigen interd. privata, interd. publica genannt. Sie haben im 7. 8. 10. bis 15ten Titel des 43sten Buchs, und was die zweite Art betrifft, im 6ten Titel desselben, dann im 7ten Titel des 11ten Buchs der Pandecten ihre gesetzliche Quelle. Heut zu Tage machen sie meistens Gegenstände des Schutzes von Seiten der Polizeibehörden aus, sofern bei dem rechtswidrigen Handeln besonders das gemeine Interesse und die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet ist. Indessen eignen sie sich auf jeden Fall zur gerichtlichen Cognition und Entscheidung, wenn der Streit darüber zwischen Privaten entsteht, und nichts hindert unsere Gerichte mit der erforderlichen Beschleunigung das Nöthige auch ausserordentlicher Weise durch Strafbefehle, Provisorien ꝛc. anzuordnen, besonders wenn Gefahr im Verzug ist, so gut als der Prätor in Rom, ohne sich dadurch dem Vorwurf eines Eingriffs in die Befugnisse der Polizeigewalt auszusetzen.

## §. 27.

### Fortsetzung.

### Verschiedene Arten der int. privata.

Die interdicta privata betreffen den Schutz von Vermögensrechten (rei familiaris); einige derselben den Schutz des Besitzes (interdicta possessoria), während die übrigen int. privata nicht den Besitz, sondern den Schutz anderer Rechte, besonders gegen schädliche Eigenmacht, zum Zweck haben. Als Interdicte die den Besitz

Digitized by Google

Besitz betreffen, werden drei Classen bezeichnet: 1) Klagen auf Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes, (int. adipiscendae possessionis) 2) auf Schutz gegen Störungen im Besitz (int. retinendae poss.) 3) auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes (int. recuperandae poss.). Nach dem Wesen der Interdicte für den Schutz der Besitzrechte gehören bloß die beiden letzten, als eigentlich possessorische, hieher; denn nur allein auf die Erhaltung im Besitze gegen Störungen, und wenn derselbe verloren ist, auf seine Wiedererlangung paßt das Merkmal zur Begründung einer possessorischen Klage, nämlich der von dem Kläger wirklich erworbene Besitz und dessen Störung oder Entziehung durch eine unerlaubte Handlung (delictum). Nur sofern als man sich bei einer Klage einen definitiven oder peremtorischen (dauernd bestehenden, ein entgegengesetztes Recht ausschließenden) Zustand und einen provisorischen als Klagzweck, und eine jenen bezielende petitorische Klage im Gegensatze von einer auf bloß einstweiligen Besitz gerichteten denkt, hat die Klage auf Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes allerdings ihre practische Bedeutung. So erscheinen die interdicta adipiscendae poss. z. B. das interd. quorum bonorum auf den einstweiligen Besitz einer Erbschaft, das interd. salvianum auf den provisorischen Besitz eines Pfandes u. s. w. als Besitzklagen, die den Zweck haben, bis der Streit über das Erbrecht, über die Pfandberechtigung im Petitorium entschieden ist, dem Kläger, so weit er sich sonst dazu rechtlich eignet, der Vortheile des Besitzes theilhaftig zu machen. Uebrigens haben alle eigentlich possessorische Interdicte die Natur prohibitorischer oder restitutorischer, und gehören in die Kategorie der persönlichen Klagen, indem sie sich auf eine obligatio (ex delicto) gründen, so wie



Digitized by Google

alle Interdicte überhaupt sich wenigstens nach heutiger Praxis durch ein summarisches Verfahren auszeichnen *b*).

### VI. Dauer der Klagen.

### §. 28.

Von der hieher gehörigen Eintheilung der Klagen in perpetuae und temporales, von dem activen und passiven Uebergang oder Nichtübergang auf die Erben endlich von der Verjährung der Klagen wird im 4. Kapitel die Rede seyn.

---

## Drittes Kapitel.

## Von der Concurrenz und Cumulation der Klagen.

### §. 29.

#### Concurrenz der Klagen.

Das Zusammentreffen oder die Concurrenz der Klagen (concursus actionum) darf mit der Klagenhäufung (cumulatio actionum) nicht vermengt werden, indem diese nur die Frage angeht, welche von mehrern concurrirenden Klagen in einem Klaglibelle zusammengefaßt werden können. Hievon wird im folgenden §. gehandelt werden; hier ist zuvörderst von der Concurrenz der Klagen die Rede.

Ein Klagenconcurs, auch die materielle Verbindung der Klagen im Gegensatze von der formellen,

---

*b*) v. Savigny das Recht des Besitzes IV. Abschn.

worunter man die Cumulation versteht, kann auf vierer-lei Art Statt finden. Es können nämlich mehrere Klagen zustehen: 1) mehreren Klägern wider Einen Beklagten, oder 2) wider mehrere Beklagte, 3) Einem Kläger wider mehrere Beklagte, 4) Einem Kläger wider Einen Beklagten. Daß, wenn hier von einer Mehrheit der Kläger oder Beklagten geredet wird, der Fall nicht gemeint ist, wo Mehrere Streitgenossen oder eine juristische Person sind, versteht sich von selbst.

In den ersten 3 Fällen tritt eine subjective, in dem letzten eine objective Concurrenz ein, die uns hier allein interessirt.

Es sind Drei Fälle der objectiven Concurrenz möglich. Es können nämlich von zwei oder mehreren Klagen

eine und die andere,
eine nach der andern,
eine oder die andere

gegen den Beklagten angestellt werden, und nach Verschiedenheit dieser Fälle tritt eine cumulative oder successive oder elective Concurrenz ein.

Bei der cumulativen Concurrenz walten zwischen dem Kläger und dem Beklagten verschiedene klagbare Rechtsverhältnisse, ein cumulus actionum, ob, die bei verschiedenen Gegenständen entweder auf verschiedenen Entstehungsgründen beruhen, z. B. der Kläger hat gegen den Beklagten eine Eigenthumsklage, eine Servitutklage, eine Darlehensklage ꝛc. oder aus einem und demselben Entstehungsgrund, einer und derselben Quelle, herrühren. So entsteht aus der ausserehelichen Schwängerung die Klage auf Abfindung der Geschwächten und auf Versorgung des erzeugten Kindes. Der Kläger kann also die cumulativ concurrirenden Klagen zu glei-

cher Zeit (ob in einer Klagſchrift, davon wird hernach die Rede ſeyn) oder nach einander anſtellen.

Die mehrern Klagen können aber auch von der Beſchaffenheit ſeyn, daß ſie nur eine nach der andern (ſucceſſiv) oder mit Auswahl (elective) zu gebrauchen ſind. Die ſucceſſive Concurrenz ſetzt eine vorausgehende und eine nachfolgende Klage voraus, wie ſchon der Wortbegriff mit ſich bringt. Dieß kann nach dreierlei Beziehungen Statt finden: es kann nämlich entweder die eine Klage einer andern den Weg bahnen, oder es kann die eine auf einen proviſoriſchen, die andere auf einen definitiven Rechtszuſtand gehen, oder endlich die eine als Mittel der Erlangung deſſen dienen, was man mit der andern vorausgehenden Klage nicht vollſtändig erreicht hat. Von der erſten Art ſind die präparatoriſchen Klagen z. B. die actio ad exhibendum gegenüber der Reivindication; eben ſo in gewiſſer Art die Präjudicialgegen die Hauptklagen. Von der zweiten Art ſind die poſſeſſoriſchen gegenüber den petitoriſchen Klagen, von der dritten Art iſt z. B. die gemeine Theilungsklage (judicium communi dividundo) indem durch dieſe die erſt nach der Erbtheilung zum Vorſchein gekommenen Gegenſtände, weshalb das judicium familiae erciscundae nicht mehr Anwendung findet, zur Vertheilung gebracht werden *c*).

Die elective Concurrenz tritt ein, wenn die mehrern Klagen auf einerlei Zweck gerichtet ſind, der zugleich ihr Endzweck iſt, als wodurch ſie ſich eben von den ſucceſſiv concurrirenden Klagen, wenigſtens den präparatoriſchen und präjudicialen unterſcheiden, deren Zweck Mittel für den Zweck einer Hauptklage iſt, z. B. die Vorlage des zu vindicirenden Gegenſtandes, die der

*c*) L. 20. §. 4. L. 44. pr. D. fam. ercisc. (10, 2.)

Zweck der actio ad exhibendum ist, Mittel für den Zweck der Eigenthumsklage. Die electiv concurrirenden Klagen sind von einander unabhängig und beruhen auf verschiedenen Rechtsgründen. Man kann also den Gegenstand der Klage aus diesem oder einem andern Grund in Anspruch nehmen, ein Testament unter gewissen Umständen mit der Nichtigkeitsklage oder mit der querela inofficiosi anzufechten, eine Forderung aus einem Contract, Quasicontract oder aus einer unerlaubten Handlung geltend zu machen Gründe haben. Da diese electiv concurrirenden Klagen nicht zugleich und nicht nach einander, wenigstens in der Regel nicht, gebraucht werden können, so muß der Kläger die vortheilhaftere wählen, oder im Zweifel zwar die zulässig scheinenden Klagen mit einander brauchen, jedoch nur im Wege der alternativen Cumulation, wovon sogleich. Ausserdem ist die nicht gewählte Klage für ihn in der Regel verloren; „altera alteram consumit", wie der Jurist sagt, welche Regel jedoch, wie wir bald hören werden, ihre Ausnahmen leidet.

## §. 30.

### Cumulation.

An sich und in der Regel ist jeder klagbare Anspruch zur besondern rechtlichen Verfolgung in einem nur ihm gewidmeten Verfahren geeignet, und dazu durch eine eigene Klagschrift einzuleiten. Es können aber oft verschiedene dergleichen Ansprüche, also mehrere Klagen in einer Klagschrift zusammengefaßt werden, was man Klagencumulation nennt. Die mehrern Klagen werden im simultanischen Prozeß erörtert und zusammen darüber entschieden. Diese zur Verminderung der Rechtsstreite diensame Klagencumulation oder Kla-

Digitized by Google

genhäufung wird unter gewissen Bedingungen gesetzlich gestattet, bisweilen wird sie aber auch nicht zugegeben und dem Kläger, der sie in den unzulässigen Fällen gleichwohl vornimmt, wird die Einrede „der inepten Klagencumulation" entgegengesetzt.

Zu den nicht statthaften Cumulationen wird zuvörderst die Zusammenfassung subjectiv concurrirender Klagen gerechnet, wiewohl sie dennoch ihre Vertheidiger findet *d*). In der That wird sie in einem der in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle unbedenklich angewandt, nämlich bei den Klagen aus unehelicher Schwängerung. Hier, wo die actio stupri mit der Paternitätsklage cumulirt wird, und wo jene die Geschwächte auf Genugthuung für ihre Person, diese der Curator der Leibesfrucht auf Anerkennung der Vaterschaft gegen den Stuprator anstellt, beide in Einem Libell, ist eine solche subjective Cumulation vorhanden. Denn die zwei klagenden Subjecte sind keine Litisconsorten, da jedes ein besonderes Recht gegen den Beklagten für sich verfolgt. Ebenso geschieht es in geringfügigen Sachen oftmals, daß mehrere Beklagte, die keine Streitgenossen sind, zusammen in einer Klagschrift belangt werden, und die scheinbare Irregularität, daß z. B. ein Gutsherr mehrere seiner Gutsunterthanen, die mit ihren jährlichen Abgaben in Rückstand bleiben, zusammen verklagt, steht zurück gegen die Erwägung der Weitläufigkeiten, Schreibereien und Kosten, welche entstehen würden, wenn jeder Restant, der in der Regel seine Schuldigkeit nicht bestreitet, sondern nur saumselig ist, um einiger Gulden oder gar nur Kreuzer wegen einzeln belangt werden müßte. Wo daher dem Guts-

*d*) Linde's Lehrb. (III. Ausg.) §. 193. und dessen ꝛc. Zeitschr. I. S. 308, 316.

herrn nicht selbst die Befugniß eingeräumt ist, unbestrittene Abgaben und Reichnisse an Geld und Naturalien, die sich in quanto et quali auf Urbarien, Grund-, Saal- und Lagerbücher oder Grundgerechtigkeitsbriefe gründen, aus eigener Macht beizutreiben *e)* oder wo andere nicht in diese Kategorie gehörige Abgaben den Gegenstand der Obligation ausmachen, also die Gerichte um Hülfe angegangen werden müssen, wird an die Schuldner zusammen durch Circulare ein bedingter Zahlungsbefehl erlassen, und, nach Ablauf der ad solvendum sive excipiendum präfigirten Frist, auf weiteres Anrufen gegen die Säumigen mit Execution verfahren. Erst wenn eine oder die andere Post angestritten wird, wird darüber abgesondert summarisch verhandelt und entschieden.

Auch die objectiv zusammentreffenden Klagen können nicht ohne Unterschied cumulirt werden. Man merke vor allen, daß diese Art der Cumulation auf dreierlei Weise Statt findet: 1) cumulative (copulative) 2) successive, 3) alternative. Man kann nämlich mehrere Klagen in einer Klagschrift zusammenfassen,

ad 1. um mit einer jeden ihren besondern Zweck gleichzeitig und mit einander zu erreichen; — der Richter soll hier auf jede Klage das Gebührende erkennen und in einem Urtheil aussprechen; oder

ad 2. weil der Gegenstand der einen Klage Mittel zur Erreichung des Zwecks der andern als der Hauptklage ist, um gleichzeitig sowohl des Vorbereitungs- als des End- oder Hauptzwecks theilhaftig zu werden; oder endlich

---

*e)* wie in Bayern durch das VI. Edict. zur Verfass. Urkunde §. 118 ff.

ad 3. sofern die Wahl unter mehrern auf einen und denselben Zweck gerichteten Klagen schwierig ist, — um entweder mit der einen oder doch mit der andern den Zweck zu erreichen. Hier soll also der Richter das verfolgte Recht unter demjenigen Gesichtspunkte sich erscheinen lassen, welcher den Rechten und dem verfolgten Zweck am meisten gemäß ist.

## §. 31.

### Regeln.

Ueber diese verschiedenen Cumulationen gelten nun überhaupt folgende Regeln:

1) Der Richter muß in Ansehung aller zu häufenden Klagen competent seyn, oder wenigstens durch Prorogation es werden können.

2) Was zur Begründung einer jeden Klage dient, muß besonders an- und ausgeführt werden; auch ist jede Klage im Vortrage und Petitum deutlich von der andern zu unterscheiden. Diese zur Vermeidung jeder Verwirrung nothwendige genaue Separirung muß durch die ganze Verhandlung hindurch beobachtet werden.

3) Aus dem nämlichen Grunde, Verwirrungen zu vermeiden, dürfen nicht zu viele Klagen cumulirt werden. Wenn Landesgesetze hierüber Bestimmungen enthalten, wie nach sächsischem Recht, wo die Zahl der in einem Libelle zusammenzufassenden Klagen die Zahl drei nicht übersteigen darf, versteht es sich von selbst, daß es dabei das Bewenden hat. Ausserdem entscheidet hierüber das richterliche Ermessen.

4) Es ist wieder nur partikularrechtlich, wenn die cumulative Häufung bloß bei solchen Klagen zugelassen wird, die einerlei Ursprung haben, wie nach der

Digitized by Google

bayer. Prozeßordnung *f*). Das gemeine Prozeßrecht kennt diese Beschränkung nicht, und das billig, da unter den übrigen Voraussetzungen der wohlthätige Zweck der Prozeßverminderung auch bei Klagen aus verschiedenen Entstehungsursachen zu erreichen ist.

5) Bei der cumulativen Klagenhäufung wird ein Verfahren nach einerlei Prozeßart vorausgesetzt. Man muß sich daher hüten, Klagen, die summarisch behandelt werden können, mit solchen, die sich bloß zum ordentlichen Prozeß eignen, zu cumuliren, wenn man nicht die Vortheile des schnellern Verfahrens aufgeben will. Fasse ich also eine zum Executivprozesse geeignete Forderung mit einer andern, die nur zum Ordinarium sich qualificirt, in einem Libelle zusammen, so ist mir dieses zwar nicht verwehrt, aber beide Ansprüche werden nun im ordentlichen Prozesse verhandelt.

## §. 32.

### Fortsetzung.

### Von der successiven Cumulation besonders.

Verschieden von der cumulativen Klagenhäufung ist die successive und alternative, wegen welcher hier folgendes zu bemerken ist.

Die successive Klagcumulation setzt wie schon die Etymologie ihrer Bezeichnung zu erkennen gibt, die Vereinigung zweier Klagen in einem Libelle voraus, die eigentlich nach einander angestellt werden sollten, also successiv concurrirende Klagen, wovon es, wie vorhin bemerkt worden, dreierlei Arten gibt. Nur auf die ersten beiden Arten, nämlich auf die präparatorischen und

*f*) Cod. jud. bav. cap. IV. §. 9.

Digitized by Google

Präjudicialklagen und die Principalklagen, dann die poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Klagen findet die ſucceſſive Cumulation Anwendung. Der Natur der Sache wäre es nun eigentlich angemeſſen, daß zuerſt die wegbahnende Klage, alſo vor der Reivindication die actio ad exhibendum, angeſtellt würde; der Kläger, deſſen Klagrecht durch Verſäumniß verloren, der jedoch Hoffnung hat, wieder in den vorigen Stand eingeſetzt zu werden, ſollte zuerſt mit dem Reſtitutionsgeſuch auftreten. Allein es iſt ihm eben durch die Klagenhäufung ein zur Prozeßabkürzung dienſames Mittel an die Hand gegeben, indem er die Vorbereitungs- mit der Hauptklage zuſammen faſſen und damit bewirken kann, daß zwar die eine Klage vor allen, jedoch beide in einem Prozeß unterſucht werden, und daß über beide zugleich entſchieden wird. Deshalb wird auch das Klagpetitum, nach vorgängiger Begründung der beiderlei Klagfundamente in facto et jure, dahin gerichtet, z. B.:

„den Kläger vor allen wieder in den vorigen „Stand einzuſetzen, hiernächſt aber in der Haupt„ſache zu erkennen, daß ꝛc. ꝛc.

Gleiches gilt denn auch von der Häufung der Präjudicial- und der Hauptklage. Eben ſo ſollte, wenn Beſitz und Recht ſtreitig iſt, über jenen, als den proviſoriſchen Zuſtand, vor dem Streit über das Recht Erörterung und Entſcheidung erfolgen. Denn die Frage: wer bei dem Beſitz einer Sache zu ſchützen ſey, weil er ſie beſitzt, iſt offenbar nur ſo lange von Relevanz, bis ausgemacht iſt, wer das Recht zu beſitzen hat, welches in das Petitorium gehört. Daher muß man ſich die Frage über den Beſitz als nothwendig vorausgehend denken, und die Frage über das Recht als darauf folgend. Aber beide können in Einem Klaglibelle zur ſucceſſiven Erörterung eingeleitet werden, wenn der mit

der dinglichen Klage auftretende Kläger für den Fall, wo die Zuerkennung des Rechts zu besitzen weiter aussehend seyn sollte, wenigstens vorläufig darauf anträgt, daß der factische Zustand des Besitzes einstweilen anerkannt und richterlich geschützt werde. So kann mit der Spolienklage die Reivindication verbunden werden, und zwar in der Ordnung, daß die Zuständigkeit des Eigenthumsrechts ausgesprochen, oder doch erkannt werde, daß der Beklagte den dem Kläger gewaltsam entzogenen Besitz demselben wieder einräume. Da aber eine dingliche Klage nur gegen den Besitzer angestellt werden kann, so findet mit derselben die Cumulation einer solchen possessorischen Klage nicht Statt, deren Zweck bloß die Abwendung von Störungen ist, also kein interdictum retinendae possessionis; die Eigenthumsklage und das int. uti possidetis sind daher, als sich widersprechend, nicht zu cumuliren. Nur bei dem Besitz unkörperlicher Sachen, also bei Servituten, wird die Cumulirung des int. uti poss. mit der Confessorien-Klage zugelassen *g*).

## §. 33.

### Fortsetzung.

### Alternative Cumulation.

Die alternative Klagcumulation setzt mehrere electiv concurrirende Klagen voraus, unter welchen der

*g*) Pufendorf obs. II. 120. — Wernher obs. IV. 118. Boehmer de act. Sect. III. §. 4., 5. — Idem in J. E. P. L. II. Tit. 12. §. 1. sqq. Danz's Prozeß §. 85. — Bei Rusticalservituten, wo der Anwendbarkeit des int. uti poss. überhaupt widersprochen wird, fällt aber auch diese Cumulation weg. C. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen Nro. I. (Leipz. 1826. 8.) §. 204.

Digitized by Google

Klagſteller eigentlich die vortheilhafteſte wählen ſollte. Weil aber die Wahl öfters ſchwierig ſeyn kann, ſo iſt ihm geſtattet, die mehreren Klagen zuſammen anzuſtellen, nämlich alternativ oder ſubſidiariſch, damit der Richter auf die zweckmäßigſte ſein Erkenntniß fälle, dem Kläger alſo den Anſpruch entweder aus dieſem oder aus dem andern Grunde zuerkenne, ohne dem Vorwurfe ſich auszuſetzen, daß er die Grenzen ſeines Amts zu weit ausgedehnt, ultra petita erkannt habe *h*). Iſt alſo der Kläger zweifelhaft, ob die Sache, welche er als ſein Eigenthum von dem Beklagten vindiciren will, von dieſem als vermeintem Erben, titulo universali, oder titulo singulari eigenthümlich beſeſſen werde, ſo verbindet er die Erbſchafts- mit der Eigenthumsklage, indem er ausführt, daß er Erbe zu der Verlaſſenſchaft ſey, zu welcher die Sache gehöre, eventualiter, daß er Eigenthümer ſey. Daher richtet er das Geſuch alternativ dahin: zu erkennen, daß ihm die Sache als Erbe, oder doch als Eigenthümer zuſtehe. Auf dieſe Weiſe wird die querela inofficiosi testamenti mit der Richtigkeitsklage verbunden, und nach einem täglich in der Praxis vorkommenden Beiſpiele die Darlehensklage mit der hypothekariſchen, vorausgeſetzt hier, daß der Beklagte perſönlicher Schuldner des Klägers iſt.

Ich verweiſe übrigens zum Schluſſe hier auf das in der Einleitung §. 9. von der ſorgfältigen Wahl der Klagen Geſagte, und auf die dort angeführten Beiſpiele. Auch die Lehre von der Aufhebung der Klagen durch Anſtellung, wovon nunmehr gehandelt werden ſoll, ſteht damit in enger Verbindung.

---

*h*) L. 1. §. 4. D. quod legatorum (43, 3.)

# Viertes Kapitel.

## Aufhebung der Klagen.

### §. 34.

Eine Klage kann auf verschiedene Weise aufgehoben werden oder ihre Wirksamkeit verlieren. Es kann dieses sowohl durch ihren Gebrauch als durch ihren Nichtgebrauch geschehen. Der Nichtgebrauch kann sich a) in Folge der electiven Klagenconcurrenz, vermöge der hier eintretenden Wahl äussern, indem die nicht gewählte Klage in der Regel verloren geht; er kann aber auch b) eine Wirkung des Todes des Klagberechtigten oder seines Gegners, endlich c) des Ablaufs der für den Gebrauch der Klage gesetzlich bestimmten Zeitfrist seyn, also der Verjährung. Diese verschiedenen Ursachen der Aufhebung des Klagrechts sollen nun näher betrachtet werden.

### I. Aufhebung der Klage durch deren Anstellung.

### §. 35.

#### Modalitäten der Anstellung.

Das Klagrecht hat mit einem Forderungsrechte das gemein, daß es mit seiner vollen Geltendmachung auch erlischt. Sobald eine Klage angestellt ist, ist sie für den Kläger nicht weiter von Gebrauch; sie hat als Mittel für den vorgesetzten Zweck gedient, dieser mag damit erreicht worden seyn oder nicht, und letzteres ist nicht

Digitized by Google

bloß dann der Fall, wenn der Richter den Beklagten von der Klage entbunden hat, ſondern auch wenn der Kläger ſelbige hat fallen laſſen. Es wird jedoch hiebei vorausgeſetzt, daß nicht bloß die Klage, wie ſie angebracht worden, alſo der Klaglibell, ſondern das Klagrecht aus dieſer Klage ſelbſt aufgegeben worden iſt. Denn das Erſtere ſteht dem Kläger immer frei, ohne eine weitere Folge als die der Erſtattung der verurſachten Prozeßkosten *i*). Hat indeſſen der Beklagte durch die bereits gepflogene Verhandlung ſchon beſtimmte proceſſualiſche Vortheile erlangt, namentlich durch Geſtändniſſe oder Verſäumniſſe, ſo kann der Beklagte hievon bei der neuen Klage allerdings Gebrauch machen, ſofern ſie ſonſt darauf anwendbar ſind *k*).

Soll eine Klage als durch Anſtellung erloſchen angeſehen werden, ſo wird ordentlicher Weiſe vorausgeſetzt, daß ſelbige durch die Einlaſſung des Beklagten in den Rechtsweg eingeleitet worden ſey. Denn nur dadurch iſt der Bedingung der möglichen Erreichung des Zwecks der Klage genügt. Aber auch ohne Einlaſſung, alſo ohne vorher den Beklagten zu hören, kann jene Wirkung entſtehen, wenn nämlich der Richter eine Klage ſofort, „a limine judicii", abzuweiſen rechtlich veranlaßt iſt. Wird dieſe durch Decret erfolgende Verwerfung rechtskräftig, ſo gilt dieß gerade ſo viel, als wenn die Klage durch ein Definitiv-Erkenntniß aberkannt worden wäre; die Klage verliert ihre Wirkſamkeit, ohne daß es zum Prozeß mittelſt der Einlaſſung kommt, indem das eigene Vorbringen des Klägers abſolut ſo erſcheint, daß ihm kein Klagrecht zuſteht, ohne daß es einer Antwort

*i*) Carpzov jurispr. for. P. I. const. 11. def. 9.

*k*) Vergl. Bayer's Vorträge S. 227.

Digitized by Google

des Beklagten zu seiner Vertheidigung dagegen bedarf. Ob diese Art der Klagabweisung der Rechtsanalogie gemäß und zweckmäßig ist, gehört nicht hieher. Man bestreitet sie allerdings mit erheblichen Gründen von rechtspolitischer Seite *l*); indessen das practische Recht erkennt sie an.

Ausser dieser absoluten Klagabweisung ohne Prozeß gibt es aber auch eine beziehungsweise, die ebenfalls vor, aber auch noch nach der Einlassung erfolgen kann und jene zerstörende Wirkung nicht hat, vielmehr dem Kläger sein Recht vorbehält, um es auf andere Weise als bei der unternommenen Klagstellung geschehen, geltend zu machen. Dieß ist der Fall, 1) wenn der Richter den Kläger wegen Incompetenz des Gerichtsstandes abweist; 2) wenn die Klage bloß angebrachtermassen d. h. so wie sie in sub- und objectiver Art gestellt ist, nicht für statthaft erkannt wird, es sey nun wegen äusserer Mängel, Fehler in der Form, oder wegen innerer, materieller Gebrechen z. B. wegen Unreifheit derselben (actio nondum nata *m*)) wo ausgesprochen wird, „daß die Klage noch zur Zeit nicht Statt finde." In diesen Fällen (1 und 2) bleibt dem Kläger die Klage, nur muß er sie vor einem andern Gericht

---

*l*) Vergl. unter andern Mittermaier im Archiv für civ. Praxis V. Bd. n. XIV. Meine Schrift über die bürgerl. Rechtspflege und Gerichtsverfassung Bayerns S. 72.

*m*) Daß eine actio nata sey, dazu gehört eine wirkliche Rechtsverletzung von Seiten des Beklagten, also der Eintritt der Bedingung und des dies, sowie wenn aus einem, gegenseitige Obligationen begründenden Vertrag z. B. aus einem Kauf-, einem Pachtvertrag, auf Erfüllung geklagt werden will, daß derselbe von dem Kläger erfüllt worden oder dieser zur Erfüllung bereit sey.

Digitized by Google

als dem angegangenen, oder zwar vor diesem, aber in verbesserter Form, in einer spätern Zeit ꝛc. anbringen. Die so verworfene Klage wird, bis der Mangel gehoben ist, als nicht angestellt angesehen.

## II. Aufhebung einer Klage durch Nichtanstellung in Concurrenzfällen n).

### §. 36.

Bei der subjectiven Concurrenz.

Eine Klage kann auch in Folge ihres Zusammentreffens mit einer andern aufgehoben werden, die angestellte an sich (§. 35.), aber auch die nichtangestellte. Dießfalls ist nun folgendes zu bemerken. Was zuvörderst die subjective Concurrenz betrifft, (§. 29.) so hat das Schicksal der einen Klage auf die andere oder die mehrern andern keinen Einfluß. Tritt also nicht a) der Fall eines Correal-Nexus ein, wo die Forderung der mehrern Berechtigten nach ihrer von Einem derselben geschehenen klagbaren Geltendmachung absorbirt wird, oder die Zahlung des Einen der Verpflichteten die übrigen befreit o), oder b) der Fall einer Personen-Einheit, wie zwischen dem Paterfamilias und Filiusfamilias, — und es haben mehrere Kläger gegen Einen Beklagten, oder Mehrere gegen Mehrere Klagen, so sind die verschiedenen Klagen so unabhängig von einander, wie die Rechte selbst, welche dadurch geltend gemacht werden. — Hat dagegen Einer allein, es sey eine natürliche oder eine juristische Person, ein Klagrecht gegen Mehrere, so tritt

n) Thibaut's civil. Abhandl. N. IX.

o) §. 1. J. de duobus reis (3, 17.)

tritt eine cumulative Klagenconcurrenz ein, und die mehrern Klagen sind in so fern von einander unabhängig, als die Geltendmachung des Klagrechts wider den Einen rücksichtlich der übrigen als eine res inter alios acta angesehen wird *p*). Eine Ausnahme findet

1) in dem Falle Statt, wo man ex causa lucrativa eine Sache von Mehrern fordern kann. Habe ich von A. eine Sache gekauft, die mir von B. in seinem Testament vermacht worden, so habe ich gegen A. die Kaufklage auf Tradition gegen Bezahlung des bedungenen Kaufgeldes, gegen den Erben des B. aber die Klage aus dem Testament auf den Werth. Anders wäre der Fall, wenn ich eine mir im Testament des B. legirte Forderung an C. schon bei Lebzeiten des Testators von demselben geschenkt erhalten. Denn hier träte die Regel ein: duae lucrativae causae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt *q*). Wie aber, wenn Titius in seinem Testamente verordnet hätte, daß sein Erbe dem abgebrannten Mevius sein Haus wieder aufbauen lassen solle, wäre dadurch diesem der Anspruch an die Brandassecurations-Anstalt, deren Mitglied er ist, oder, nachdem er von dieser entschädigt worden, die Legatenklage gegen den Erben verloren? Weder das Eine noch das Andere. Denn was Mevius aus der Brandcassa erhält, wird ihm titulo oneroso zu Theil, da er sich den Anspruch an die Assecuranzsumme durch seine Societätsbeiträge erworben hat.

2) Eine weitere Ausnahme gilt, wenn jemand aus einer verbürgten Forderung eine Klage gegen den Haupt-

---

*p*) L. 1. C. de transact. (2, 4.)
L. 1. C. inter alios acta vel jud. (7, 60.)

*q*) §. 6. J. de legatis (2, 20.)

schuldner und eine gegen den Bürgen hat, wo denn auch nur ein successiver Klagenconcurs eintritt. Hier consumirt die Klage gegen den Einen die Klage gegen den Andern, wenn damit der Zweck erreicht worden, also entweder die Klage gegen den Bürgen, oder die gegen den Hauptschuldner, falls nämlich der Bürge zuerst angegriffen werden konnte, im letztern Fall natürlich unbeschadet des an den Bürgen übergegangenen Klagrechts zu seiner Schadloshaltung.

Kritischer ist die Frage: wiefern die Anstellung der einen Klage die andere aufhebt, bei der objectiven Concurrenz, wie nun gezeigt werden soll.

## §. 37.

### Bei der objectiven Klagenconcurrenz. — Regeln.

Bei dieser Klagenconcurrenz hat man vor allen folgende Grundsätze und Regeln festzuhalten:

1) Man kann eine Sache nicht zweimal fordern, also wenn man mit einer Klage seinen Zweck vollständig erreicht hat, nicht noch einmal mit einer andern wegen desselben Gegenstandes klagend auftreten.

2) Klagen, die ihrem Wesen nach sich widersprechen, können zwar alternativ cumulirt, nie aber die eine nach der andern angestellt werden. Hat sich also der Verkäufer einer Sache für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags mittelst Zahlung der Kaufgelder in einer bestimmten Frist den Rücktritt durch das commissorische Pactum vorbehalten, nach eingetretener Verfallzeit aber gegen den säumigen Käufer mit der actio venditi die Erfüllung durch Zahlung verlangt, statt mit der Reivindication zu klagen, so wird letztere als auf-

Digitized by Google

gegeben angenommen *r*). Die Folge kann sehr wichtig seyn, wenn etwa der Beklagte vor der Zahlung in Concurs geräth.

3) Hat der Kläger aus dem Gesetz, einem Vertrag oder Testament nur ein alternatives Recht, so consumirt die Klage auf das Eine die Klage auf das Andere, wenn auch der Kläger mit der zuerst angestellten Klage den Prozeß verloren, oder die Klage aufgegeben hat; das jus variandi fällt nach der einmal getroffenen Wahl weg *s*).

4) Aus einem rechtskräftig verworfenen Klaggrunde kann keine andere, von den aus demselben Grund etwa weiter Statt findenden Klagen mehr gebraucht werden. Ist also ein Testament oder ein Vertrag in Folge einer angestellten Klage für nichtig erklärt, so fällt nicht nur das klagbar aus jenem Geschäft verfolgte Recht weg, sondern auch andere Ansprüche, die etwa weiter aus diesem Testament oder Vertrag geltend gemacht werden wollten.

## §. 38.

### Weitere Regeln.

Ausser diesen Regeln (1—4.) ergeben sich noch verschiedene andere, je nach Verschiedenheit des Klagenconcurses, weshalb folgende Fälle zu unterscheiden sind.

I. Bei dem cumulativen Concurse, wo die mehrern Klagen auf verschiedene Gegenstände gerichtet sind, ist zu unterscheiden:

---

*r*) Post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest. L. 7. D. de lege comm. (18, 3.)

*s*) L. 19. de leg. II. (31.)



Digitized by Google

A. der Fall, wo die mehrern Klagen auf verschiedenen nächsten Klaggründen beruhen, also aus verschiedenen für sich bestehenden Thatsachen entstanden sind. Der Kläger hat z. B. gegen denselben Beklagten eine Klage aus einem Kauf, eine andere aus einer Pachtung, wieder eine aus einem Darlehen.

B. Der Fall, wo die mehrern Klagen auf dieselbe Thatsache sich gründen z. B. die actio injuriarum und ex lege aquilia aus Gelegenheit einer widerrechtlichen Pfändung auf Genugthuung für beleidigte Ehre und Ersatz des dabei zugleich verursachten Schadens.

II. Bei der electiven Concurrenz gehen mehrere Klagen auf einen und denselben Gegenstand, und sie können

A. auf verschiedenen Gründen beruhen, z. B. die actio de peculio und de in rem verso; die Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs oder wegen böslicher Verlassung;

B. auf demselben Grunde, so daß im Wesen eine Verschiedenheit der Klagen nicht eintritt. Der Legatar hat zur Erlangung seines Vermächtnisses die persönliche Klage aus dem Testament, die Reivindication, die hypothekarische Klage; aber alle diese Klagen gründen sich auf das Testament, das ihm das Vermächtniß gibt.

III. Mehrere Klagen concurriren successiv, indem eigentlich eine nach der andern anzustellen ist, ob sie schon gewöhnlich cumulirt werden. Hier ist

A. eine präparatorische und eine Hauptklage,

B. eine Präjudicial- und eine Hauptklage. (§. 17.)

Nach Verschiedenheit dieser Beziehungen kommen nun weiter folgende Regeln zur Anwendung:

5) Im Fall ad I. A. sind die Klagen von einander unabhängig; sie können mit oder nach einander ange-

Digitized by Google

stellt werden, wofern nicht nach der 2. Regel eine der andern ihrer Eigenschaft nach widerspricht.

6) Gründen die mehrern auf verschiedene Gegenstände gerichteten Klagen sich auf dasselbe Factum (der Fall ad I. B.), so kann der Kläger ebenfalls alle Klagen gebrauchen, und wenn er mit der einen den betreffenden Anspruch durchsetzt, nachher auch noch die andere anstellen, oder wenn er die eine aufgibt, nach der andern greifen t). Anders verhält sich indessen die Sache, wenn er mit der zuerst angestellten Klage unterlegen. Sofern dieß auf den Grund der Unrichtigkeit der, der angestellten Klage zum Grunde liegenden Thatsache geschieht, so kann natürlich die andere auf das nämliche Factum gebaute Klage nicht zugelassen werden. (s. 4. Regel.) Dieser Fall bezieht sich indessen hauptsächlich auf das nach dem römischen Recht sehr wichtige bei uns aber nicht practische Zusammentreffen von Civil- und Strafklagen. Da wo mehrere Civilklagen in diese Kategorie gehören, werden sie ohnehin wohl zusammen angestellt, oder wenn dieß auch nicht geschieht, der Kläger, nachdem er mit der einen Klage seinen Prozeß verspielt hat, nicht versucht werden, auch noch mit der andern aufzutreten.

7) In dem Fall ad II. A. kann der Kläger, hat er mit der einen Klage gewonnen, von der andern Klage keinen Gebrauch mehr machen, nach der 1. Regel. Dagegen bleiben demselben die andern Klagen er mag mit der ersten durchgefallen seyn oder derselben entsagt haben.

8) Ad II. B. sind im Falle des Gewinnens die übrigen Klagen von keinem Gebrauch mehr, im Falle des Verlierens oder des Aufgebens der zuerst ange-

---

t) Thibaut a. a. O. Seite 161.

stellten Klage aber ist damit auch die Unstatthaftigkeit der übrigen anerkannt. Der Kläger würde also etwas sehr vergebliches unternehmen, wollte er, nachdem ihm das in dem Testament verschaffte Legat auf die angestellte actio ex testamento aberkannt worden, noch mit der Reivindication den Erben angreifen.

## §. 39.

### Fortsetzung.

9) In dem Falle, der sowohl bei der cumulativen als bei der electiven Concurrenz eintreten kann, wo nämlich eine Klage von der andern bloß in Ansehung der Aestimation verschieden ist, im übrigen aber entweder unter die Kategorie ad I. oder ad II. gehört, ist als Regel anzunehmen: die auf das Größere gehende Klage (actio major, pinguior) consumirt die auf das Geringere gehende; wird aber die kleinere Klage zuerst angestellt, so bleibt dem Kläger die größere nur auf den Mehrbetrag. Der Socius hat also wegen einer begangenen Entwendung die condictio furtiva und die actio pro socio, jene als actio minor, auf Restitution der entwendeten Sache oder ihres Werths, diese auf das volle Interesse. Ist er mit jener zuerst klagend aufgetreten, so kann er das „quod amplius in altera actione est“ — hier das volle Interesse, — noch nachher mit der a. pro socio verfolgen *u*). Dieß läßt sich jedoch nur in Beziehung auf gewisse, im Societäts-Verband etwa besonders sich zeigende Verhältnisse annehmen; denn ausserdem stünde die deutliche l. 3. de cond. furtiva

*u*) Donell. comment. L. XXI. c. 3. pag. 1191. col. a. (edit. Hanov. de 1612.)

Digitized by Google

(13, 1.) entgegen, wornach auch die c. furtiva den Anspruch auf das volle, sogar mit dem jusjur. in litem zu erhärtende Interesse gewährt. Uebrigens ist noch zu erinnern, daß das bemerkte Verhältniß zwischen den größern und kleinern Klagen hauptsächlich nur bei Pönalklagen gegenüber von reipersecutorischen eintritt, also h. z. T. wo erstere wenigstens seltener vorkommen, nicht sehr practisch ist. Selbst die Klage ex lege aquilia, welche in den Gesetzen besonders unter den größern Klagen gegenüber von den actiones locati, commodati, depositi etc. ausgezeichnet ist, geht nur noch auf den Werth zur Zeit der Schadenszufügung. Der von seinem Handelscompagnon bestohlene Kaufmann wird jetzt den Diebstahl bei der Criminalbehörde denunciiren, nebenbei zugleich bei derselben auf Wiedererstattung des Entwendeten oder seines Werths (die condictio furtiva), vielleicht auch, wiewohl bei dieser Behörde seltener auf Erstattung des ihm durch die verbrecherische Handlung weiter zugefügten Schadens und entgangenen Gewinnes (die actio pro socio) den Antrag machen. So viel es seyn kann, wird das Strafgericht den Civilpunkt neben dem Strafpunkt erörtern, und der Beschädigte wird ihm hiebei die nöthigen Beweise, so weit sie von ihm abhängen, an die Hand geben. Ist der ganze Civilpunkt zugleich neben dem Strafpunkt ermittelt, so wird im Straferkenntniß der Angeschuldigte zugleich zum Schadensersatz verurtheilt. Allein vielleicht ist nur der Diebstahl und der Betrag der unmittelbaren Schadenszufügung (der Gegenstand der actio minor), nicht aber das was der Beschädigte zu seiner vollen Genugthuung rechnet, auszumitteln gewesen. Hier muß im Straferkenntniß die actio major, oder wenn überhaupt die That nicht erwiesen werden konnte, der Inculpat daher definitiv oder vorläufig oder gänzlich freigesprochen wer-

Digitized by Google

den mußte, der ganze Civilpunkt, zum ordentlichen bürgerlichen Rechtswege verwiesen werden.

Manches was nach dem ächt römischen Klagensystem Gegenstand einer Nachklage war, gehört nach heutiger Praxis zur Behandlung in der Executions-Instanz. Man unterscheidet nicht mehr zwischen der größern und kleinern Klage; das auf beide gehende Factum wird als zum Klaggrunde gehörig zur Erörterung gezogen, also sowohl das, was durch ein Delict unmittelbar schädlich gewirkt worden, als was mittelbar Folge desselben ist, das volle Interesse, zum Gegenstande der Verhandlung gemacht. Ist der Betrag des Schadens nicht vollständig ermittelt worden, so spricht das Erkenntniß die Verbindlichkeit des Schadensersatzes vorbehältlich der Liquidation und erfolgten richterlichen Ermäßigung aus; der Betrag des Schadens wird dann, wenn das Urtheil rechtskräftig ist, von dem obsiegenden Theile liquidirt, darüber summarisch verhandelt und durch Decret das Liquidum festgesetzt. Auf gleiche Weise wird auch da kein doppelter Prozeß zugelassen, wo sonst noch eine actio ex judicato angestellt werden mußte. Hat also der Haussohn einen Schaden angerichtet, der aus dessen dazu geeignetem Peculium erstattet werden kann, so klagt man nicht zuerst gegen den Sohn, um die Verbindlichkeit der Ersatzleistung festzustellen und dann ex judicato gegen den Vater, daß dieser aus dem Peculium Zahlung leiste, sondern die Verurtheilung des Sohns wird ohne weiters in das Peculium desselben vollstreckt. Ist der Sohn noch minderjährig, so muß bei der Prozeßverhandlung ohnehin der Vater als natürlicher Vormund zugezogen werden; ausserdem wird entweder der Vater adcitirt, oder er kann noch in der Executionsinstanz seine allenfallsigen Zuständigkeiten geltend machen. — Auch die successiv concurrirenden Erb-

Digitized by Google

theilungs- und simplen Theilungsklagen werden nicht so, wie man gewöhnlich annimmt, nach einander behandelt. Man wird bei einer Erbtheilung zum Zwecke der Vertheilung eines nachher noch zum Vorschein kommenden theilbaren Objects zwar nicht die actio familiae erciscundae mehr anstellen, was auch nicht Statt findet, aber auch nicht die a. communi dividundo, wenigstens nicht förmlich, sondern eine bloße imploratio judicis, der ein einfaches Verfahren und die richterliche Festsetzung folgt, wird zum Zwecke führen.

10) Bei der successiven Klagenconcurrenz hebt im Fall ad III. A. der Gebrauch der Vorbereitungsklage wie natürlich den Gebrauch der Hauptklage nicht auf, es mag mit jener der Zweck erreicht worden seyn oder nicht, wohl aber ist die Vorbereitungsklage von keinem Nutzen mehr, wenn einmal die Hauptklage ohne jene angestellt worden.

11) Habe ich (der Fall ad III. B.) die Präjudicialklage zuerst und allein, also ohne Cumulation mit der Hauptklage angestellt, und damit den Obsieg erlangt, so kann ich nachher die letztere unbedenklich anstellen. Verliere ich dagegen mit der Präjudicialklage, so fällt die Hauptklage weg, so weit sie durch jene hat unterstützt werden sollen.

### III. Aufhebung einer Klage durch den Tod des Berechtigten oder seines Gegners.

### §. 40.

#### Regel und Ausnahmen.

Eine angestellte und durch die Litiscontestation zur Verhandlung gezogene Klage geht active und passive auf die Erben über, wofern nicht ihr Zweck gänzlich

wegfällt, es sey weil sie bloß auf eigentliche Strafe (was also nicht der Fall ist bei den nur auf eine Geldsumme gehenden Pönalklagen), oder auf ein, die Forderung oder die Erfüllung von Seiten des Erben absolut unmöglich machendes Verhältniß gerichtet ist. Aber auch, wenn eine Klage noch nicht angebracht und zur Einlassung gediehen, ist es Regel, daß die Klagen weder durch den Tod des Klagberechtigten noch des als Beklagter in Anspruch zu nehmenden Gegners erlöschen, daß sie vielmehr auf die Erben des Klägers und gegen die Erben des Beklagten übergehen (actiones heredibus et in heredes competunt). Indessen finden folgende Ausnahmen von dieser Regel Statt. Es erlöschen nämlich ausser den ihrer Natur nach unvererblichen Popularklagen

a) mit dem Tode des Klagberechtigten:

alle bloß auf Ahndung einer, dem Kläger für seine Person zugefügten, Beleidigung abzielende Klagen (actiones meram vindictam spirantes) als da sind v): 1) die Injurienklage w), 2) die a. revocatoria wegen Undanks des Beschenkten x), 3) die in factum actio gegen den, der zur calumnia Geld empfangen hat y), 4) die Klage auf die Ehescheidungsstrafen z), 5) die querela inofficiosi a), und noch einige andere h. z. T. ausser Gebrauch gekommene.

---

v) G. F. Puchta System 2. B. Anm. zu §. 51.

w) §. 1. J. de perp. et temp. act. (4, 12.)

x) L. ult. C. de revoc. don. (8, 56.)

y) L. 4. de calumniat. (3, 6.)

z) L. 15. §. 1. D. soluto matr. (24, 3.)

a) L. 7. de inoff. test. (5, 2) doch wird sie schon durch die Vorbereitung transmittirt. L. 25. §. 1. eod.

Digitized by Google

b) durch den Tod des Gegners:

alle Delictsklagen, sofern sie auf Strafe gehen *b*). Selbst was den Schadensersatz betrifft, können die Erben aus einem Verbrechen des Erblassers, an dem sie nicht selbst Theil genommen, nur so weit angegriffen werden, als sie durch dasselbe bereichert worden *c*), und nach der Praxis soweit die Erbschaft reicht *d*).

## IV. Aufhebung einer Klage durch Verjährung.

### §. 41.

Allgemeine Grundsätze und Regeln.

Auch die versäumte Anstellung einer Klage während der dafür gesetzlich bestimmten Frist hat deren Verlust zur Folge (Klagverjährung, praescriptio extinctiva *e*).) Diese Frist ist bei den meisten Klagen 30 Jahre. Die in kürzerer Zeit verloren gehenden Klagen werden mit dem Namen temporales bezeichnet; jene länger dauernden heißen perpetuae, welche Benennung ihren Grund darin hat, daß nach älterem röm. Recht

---

*b*) In poenam heres non succedit. L. 22. de operis novi nunc. (39, 1.)

*c*) L. 17. §. 1. D. quod metus (4, 2.)
L. 44. de R. J. (50, 17.)

*d*) Auf den Grund c. 5. X. de raptoribus (5, 17.) c. 14. X. de sepulturis, (3, 28.) c. 9. X. de usuris (5, 19.) c. 3. X. de pignor. (3, 21.)

*e*) Thibaut's System des Pand. Rechts §. 1034 ff.
Derselbe über Besitz und Verjährung II. §. 38 ff.
Unterholzner's ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre II. Bd. §. 256 ff.

Digitized by Google

die Klagen im eigentlichen Verstand immer fortdauerten, wenn für ihre Anstellung nicht eine bestimmte Zeit gesetzlich vorgeschrieben war, wo sie dann temporales hießen.

Welche Klagen in die eine oder andere Classe gehören, wird nun sogleich gezeigt werden. Vorher ist noch zu bemerken:

1) Der Verjährung der Klagen sind sowohl die dinglichen, wodurch das Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht verfolgt wird, (in rem speciales actiones) und die Klagen auf das Erbrecht (a. de universitate), als die persönlichen Klagen unterworfen, der Grund dieser letztern mag auf einer erlaubten oder unerlaubten Handlung beruhen, und zwar in der Regel in 30 Jahren *f*).

2) Der Anfang der Extinctivverjährung ist der Zeitpunkt, da die Klage hätte angestellt werden können. Actioni nondum natae (§ 35. Note m.) non currit praescriptio. Dieser Grundsatz ist besonders practisch bei Rechtsverhältnissen sub conditione oder sub die, indem vor Erfüllung der Bedingung oder vor dem Eintritte des Termins die Verjährung nicht anfängt. Nur muß die Entstehung des Klagrechts (nativitas (!) actionis) nicht von der Willkühr des Klagberechtigten abhängen. Der Gläubiger einer auf der Aufkündigung stehenden Forderung kann nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht für sich anführen, daß er das Kapital erst vor einem Viertel- oder Halbjahr losgekündigt, und darum nicht eher habe klagen können, da es bei ihm gestanden, die Aufkündigung früher zu machen. *g*).

---

*f*) L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. annor. (7, 39.)

*g*) Kind quaest. for. III. c. 35. (ed. II.)

Digitized by Google

3) Mit dem letzten Tage der bestimmten Frist lauft die Verjährung ab. Doch wird bei Temporalklagen zuweilen das utile tempus bei der Berechnung berücksichtigt, d. h. es werden nur diejenigen Zeiträume (Tage), in welchen der Kläger klagen konnte, (quibus experiundi potestas fuit) in Betrachtung gezogen, und die übrigen, wo derselbe auf irgend eine ihm nicht zur Last fallende Art zu klagen verhindert war, von der Verjährungsfrist abgerechnet. Dieß kann sowohl beim Anfang (utile tempus ratione initii) als im Laufe der Verjährung (utile tempus ratione cursus) Statt finden, oder in beiderlei Beziehung zugleich, welch letzteres im Zweifel anzunehmen ist *h*).

4) Während der Unmündigkeit des Klagberechtigten lauft gar keine Verjährung. Die Jahre der Unmündigkeit werden von der Verjährung abgezogen *i*). Während der Minderjährigkeit findet nur die 30jährige Statt. Auch die väterliche Gewalt hindert den Anfang der Verjährung der Peculiarforderungen des Kindes *k*).

5) Ob zur Verjährung einer Klage bona fides erforderlich sey, der Beklagte also die ganze Klagzeit hindurch in gutem Glauben gewesen seyn müsse, wenn er sich der Einrede der Verjährung wirksam bedienen will, ob somit die Lehre des canonischen Rechts *l*) auch auf die erlöschende Verjährung Anwendung finde, ist bestritten. Die Gründe für und wider hat Möllenthiel *m*)

---

*h*) Thibaut P. R. §. 129.

*i*) Pfeiffer's pract. Ausführungen I. Bd. n. III.

*k*) L. 1. pr. et §. 2. L. 2. pr. quando de peculio actio (15. 2.)

*l*) cap. ult. X. de praescr. (2, 26.)

*m*) über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (Erlangen 1820. 8.) §. 25 ff.

Digitized by Google

gründlich geprüft und die verneinende Meinung vertheidigt. Wenn gleich gegen den vindicirenden Eigenthümer der beklagte Besitzer mit der Berufung auf den Zeitablauf allein sich nicht schützen kann, sondern bona fide besitzen muß *n*) so schützt doch gegen Klagen, wo es nicht auf Besitz ankommt, der bloße Zeitablauf ohne weiteres *o*).

6) Nur durch Anstellung der Klage nicht durch eine bloß aussergerichtliche Mahnung wird die Verjährung unterbrochen. Wenn jedoch der Kläger an der Anstellung der Klage verhindert ist, es sey durch Abwesenheit des Gegners, oder weil dieser im Zustande der Kindheit oder des Wahnsinns nicht selbst belangt werden kann, auch ihm noch kein Vormund bestellt worden, so wird durch eine bei irgend einem Gericht oder sonst in der gesetzlich vorgeschriebenen Form eingelegte Verwahrung der Ablauf der Verjährung verhindert *p*). Auch jede Art des Anerkenntnisses der Verbindlichkeit z. B. die Leistung von Abschlagszahlungen, Zahlung von Zinsen, Gebung einer bessern Sicherheit unterbricht die Klagverjährung.

## §. 42.

### Fortsetzung.

7) Die Dauer der dinglichen Klagen, die auf das Eigenthum oder sonst auf ein dingliches Recht gehen, so

---

*n*) „In nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae."

*o*) Dafür ist auch der Gerichtsgebrauch in Sachsen, s. Haubold's Lehrbuch des k. sächs. Privatrechts §. 276. N. k. S. 274. (2. Aufl.)

*p*) L. 2. C. de annali except. (7, 40.) c. 20. X. de off. et pot. jud. del. (1, 20.)

Digitized by Google

wie der Erbschaftsklage kann verkürzt werden, wenn rücksichtlich des klagbar verfolgten Gegenstandes der Beklagte die Einrede der erwerbenden Verjährung für sich hat. So kann die Reivindication resp. in 3, 10, 20 Jahren unwirksam werden, wenn der Beklagte die Sache, weshalb das Eigenthum in Anspruch genommen wird, usucapirt hat *q*).

8) Es wird vorausgesetzt, daß wer aus der Extinctivverjährung einen Besitzstand gewinnen will, die ganze Zeit der Verjährung hindurch sich im Besitze befunden habe, und er verjährt nie weiter, als sein Besitz geht. (Tantum est praescriptum, quantum possessum) *r*). Daher ist die Grenzscheidungsklage, so lange die Grenzverwirrung dauert, keiner Verjährung unterworfen, weil hier kein bestimmter Besitz eintritt. Verschieden hievon ist der Fall, wo der Kläger ein gewisses Stück Land vindicirt, wovon sich der Beklagte unter Begünstigung verworrener Grenzen den Besitz angemaßt. Denn der Vindicationsklage steht allerdings die Verjährung entgegen *s*). In diesem Falle kann auch die fin. regund. actio, welche pro vindicatione rei est *t*) angestellt werden. Denn diese geht nicht eigentlich und unmittelbar auf Theilung, wie die andern Theilungsklagen, die von der Anerkennung des Miteigenthums oder Miterb-

---

*q*) Da hier die dingliche Klage nicht wegen der Extinctivverjährung unwirksam wird, so ist es unrichtig, oder doch ungenau gesprochen, wenn man sagt, die dinglichen Klagen dauern 10 oder 20 Jahre, die Personalklagen 30 Jahre.

*r*) Thibaut's System §. 1034. Derselbe über Besitz ꝛc. II. §. 43.

*s*) v. Glück's Commentar X. §. 719.

*t*) L. 1. h. t.

Digitized by Google

rechts ausgehen. Auch dieſe Klagen, nämlich die actio communi dividundo und familiae erciscundae ſind keiner Verjährung unterworfen, indem man immer auf Theilung antragen kann. Darunter iſt aber der Fall nicht begriffen, wo ein Communions-Genoſſe oder Miterbe ſich einer mit den Rechten der übrigen unverträglichen Befugniß angemaßt hat; denn deren klagbare Anfechtung unterliegt allerdings der Verjährung *u*). Die actio pro socio, welche zunächſt die Erfüllung der Geſellſchaftspflichten zum Gegenſtande hat, geht nur in ſo fern auf Theilung als es auf dergleichen z. B. des gemeinſchaftlichen Gewinns ankommt.

9) Die Verjährung iſt als Strafe der Nachläſſigkeit in Geltendmachung der Rechte durch poſitive Geſetze beſtimmt *v*). Deswegen *w*) wird aber auch durch dieſelbe nur die Klagbarkeit des Rechts oder die obligatio civilis aufgehoben, während die obl. naturalis bei Kräften bleibt, und als Einrede auch nachher noch geltend gemacht werden kann. Die Folge dieſes allerdings nicht unbeſtrittenen *x*) Satzes iſt a) daß auch nach aufgehobener Civilobligation das dafür beſtellte Pfandrecht fortdauert *y*); b) daß gegen die, der bloß natürlichen Verbindlichkeit gemäß, erfolgte Leiſtung, die cond. indebiti nicht Statt findet; c) daß die bloß naturaliter gültige Forderung durch Novation, Bürgſchafts- oder

---

*u*) Glück XI. S. 22.

*v*) L. 2. C. de ann. exc. (7. 40.)

*w*) L. 19. pr. L. 40. pr. de cond. indeb. (12, 6.)

*x*) Die Autoritäten für und wider ſ. bei Mackeldey im Lehrb. des h. R. R. (9. Ausg.) §. 199. Note d.

*y*) L. 2. C. de luitione pignoris (8, 31.)

Digitized by Google

oder Pfandbestellung auch wiederum civiliter wirksam werden kann, was bei völlig aufgehobenem Schuldverbande nicht möglich wäre. Auch compensationsweise läßt sich eine verjährte Forderung geltend machen, wie billig. Man denke sich den Fall, daß A. dem B. 100 fl. schuldig wird, und über einige Zeit dieser jenem eben soviel, und daß B., weil er im Grunde befriedigt ist, seine Forderung nicht geltend macht. Gesetzt nun nach 30 Jahren klagte A. gegen B.; müßte dieser nun bezahlen, der Tilgung durch Compensation ungeachtet? Gewiß die Unbilligkeit ja Anomalie dieser Annahme fällt in die Augen *z*).

10) Die Verjährung wirkt nicht ipso jure die Erlöschung des Anspruchs, sondern nur ope exceptionis. Die Einrede kann aber in jeder Lage des Prozesses vorgeschützt und nach der, von Doctrinären neuerlich freilich sehr angefochtenen, Praxis auch von dem Richter, wenn die Momente derselben aktenmäßig sind, von Amtswegen ergänzt werden *a*).

11) Bleibt nach gehöriger Anhängigmachung der Klage bei Gericht der Prozeß unentschieden liegen, so fängt mit der letzten gerichtlichen Handlung eine neue Verjährung an, welche 40 Jahre dauert *b*).

12) Sowohl Minderjährige als Großjährige können unter gewissen Voraussetzungen gegen den Ablauf der Verjährungsfrist wiederum in den vorigen Stand eingesetzt werden *c*).

---

*z*) A. M. ist Unterholzner II. §. 258.

*a*) Pfeiffer's pract. Ausführungen Bd. I. Nro. II. Vergl. auch meine Schrift über die Grenzen des Richteramts §. 24—30.

*b*) L. 9. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)

*c*) Thibaut P. R. II. §. 1046.
Unterholzner II. §. 151 ff.



Digitized by Google

## §. 43.

### Besondere Regeln.

Von der allgemeinen Regel, daß alle aus dem Civilrecht abstammende dingliche und persönliche Klagen, ingleichen die nicht bloß der Form, sondern auch dem Recht nach ihren Ursprung aus dem prätorischen Edict ableitenden Schuldklagen *d*)

dreissig Jahre

dauern, gibt es viele Ausnahmen, indem einige Klagen ein längeres, andere aber ein kürzeres Leben haben. So dauern

I. Funfzig Jahre

die Klagen, wodurch das in einem verbotenen Spiele Verlorene zurückgefordert wird *e*).

II. Vierzig Jahre

dauert die erwerbende Verjährung von Besitzthümern und Rechten 1) des Staats und des Landesherrn, 2) der Kirchen und milden Stiftungen 3) wenigstens nach der Praxis *f*) der Städte. Dieser Dauer correspondirt denn auch das Leben der Klagen, wodurch das entgegenstehende Recht geltend gemacht wird, also die Klagen des Staatsärars, der Kirchen u. s. w. 4) Eben so lange währt die Hypothekarklage, wenn der Schuldner oder ein Dritter bei dessen Lebzeiten das Pfand besitzt, mit gewissen Modificationen, wornach bisweilen auch eine kürzere Dauer eintreten kann *g*). Wo förmliche

*d*) Unterholzner §. 269.
*e*) L. ult. C. de aleator. (3, 43.)
*f*) Hofacker princ. jur. civ. II. §. 979. nota d.
*g*) Thibaut's System §. 1038.

Hypothekenbücher bestehen, kann gegen eine eingetragene Forderung, so lange sie nicht gelöscht ist, überhaupt keine Verjährung Statt finden *h*). Endlich dauert 5) wie vorhin schon bemerkt worden, eine anhängig gemachte Klage, wenn der Prozeß liegen geblieben, vierzig Jahre von der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet *i*).

### III. Zwanzig Jahre

sind bestimmt 1) den Klagen gegen einen öffentlichen Verwaltungsbeamten, wenn er nach bereits dechargirter Rechnung aufs neue in Anspruch genommen wird; gegen die Erben desselben 10 Jahre *k*). 2) den Klagen der Minderjährigen wegen Veräusserungen unter einem lucrativen Titel bei der Abwesenheit des Veräussernden, im Falle seiner Gegenwart nur zehen Jahre nach erlangter Volljährigkeit *l*);

### IV. Zehen Jahre

ferner der persönlichen Klage auf Einräumung des Nießbrauchs, mit Verdoppelung der Frist im Falle der Abwesenheit *m*),

### V. Fünf Jahre

dauert 1) die querela inofficiosi *n*) 2) die Klage auf

---

*h*) Preuß. allg. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 534. Oesterr. Ges. B. §. 469. Bayer. Hyp. Ges. §. 32.

*i*) L. 9. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39.) Linde's Zeitschrift II. S. 153.

*k*) L. 13. §. 1. D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

*l*) L. ult. C. si maj. fact. alien. (5, 74.)

*m*) L. 16. §. 1. C. de usufr. (3, 33.)

*n*) L. 8. §. ult. de inoffic. test. (5, 2.)
L. ult. C. de inoffic. donat. (3, 29.)



Digitized by Google

Separation der Erbmaſſe im Concurſe der Gläubiger *o*), 3) die Klage wegen des Status eines Verſtorbenen *p*), 4) die revocatoriſche Klage wegen einer ohne Decret geſchehenen Veräuſſerung der Sache eines Minderjährigen von erlangter Volljährigkeit an gerechnet *q*).

## §. 44.

### Fortſetzung.

### VI. Vier Jahre.

Dieſer Zeitraum iſt 1) den meiſten Reſtitutionsklagen, d. h. den klagbar (nicht durch eine Einrede, die immerwährend iſt) geltend gemachten Wiedereinſetzungen in den vorigen Stand vorgeſteckt. Man merke aber, daß hier vornämlich die in dem prätoriſchen Recht gegründeten Reſtitutionen und durch Angriff realiſirten reſciſſoriſchen Rechtsmittel gemeint ſind. Denn die auf dem Civilrechte beruhenden, als da ſind: a) aus einer Verletzung über die Hälfte, b) wegen eines ex falsa causa (aus falſchen Dokumenten oder aus einem urkundlich erwieſenen falſchen Eide) gefällten und rechtskräftigen Urtheils, c) ex SCto Vellejano, d) für den großjährigen suus heres wegen Ausſchlagung der väterlichen Erbſchaft *r*), dauern ordentlicher Weiſe 30 Jahre. Die prätoriſchen Reſtitutionen dagegen ſind, wo nicht (wie bei der actio de dolo, und bei der ädilitiſchen redhibitoria und aestimatoria) ein kürzerer Zeitraum beſtimmt iſt, an ein quadriennium continuum gebunden, welches

---

*o*) L. 1. §. 13. D. de separat. (42, 6.)

*p*) Tit. D. ne de statu defuncti post quinquen. (14, 15.)

*q*) L. ult. C. si maj. fact. alienat. (5, 74.)

*r*) Thibaut's Syſtem des P. R. §. 1005.

Digitized by Google

an die Stelle des ehemaligen annus utilis getreten ist *s*). Dieses quadriennium lauft bei Minderjährigen von dem Zeitpunkte der erlangten Volljährigkeit, bei deren Erben mit gewissen Modificationen *t*); bei denjenigen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, von der erlangten Wissenschaft der Verletzung an *u*).

Ferner erlischt in 4 Jahren 2) die Entschädigungsklage wider den Fiskus wegen der von demselben veräusserten fremden Sachen. Die Veräusserung selbst bleibt unwiderruflich, die Vindication folglich ausgeschlossen *v*). Hat also die Straßenbaubehörde bei Anlegung einer neuen Landstraße zur Entschädigung für diejenigen, die etwa zu diesem Behuf ihr Grundeigenthum abtreten mußten, den alten Straßengrund und damit allenfalls ein Stück Landes, das jemand als Zugehör seines Ackers behauptet, mit verwendet, so hat der Eigenthümer 4 Jahre lang den Anspruch auf Schadloshaltung an das Aerar, eine Vindication des Stücks selbst aber findet zu keiner Zeit Statt. Gleiche Dauer haben: 3) die Ansprüche des Fiskus an erblose Verlassenschaften *w*), 4) die actio pauliana, wenn sie nicht bloß auf Herausgabe dessen, wodurch der Besitzer bereichert ist, angestellt wird, wo sie dreißig Jahre nach der Vertheilung der Concursmasse dauert *x*); endlich 5) die actio

*s*) L. ult. C. de temp. in integr. rest. (2, 53.)

*t*) S. Thibaut §. 1036.

*u*) Cap. 1. 2. de in integr. rest. in 6to (1, 21.)
Boehmer J. E. P. L. I. Tit. 42. §. 9. 11.

*v*) §. ult. J. de usucap. (2, 6.)
L. ult. C. de quadriennii praescr. (7, 37.)

*w*) L. 1. §. 2. de jure fisci (49, 14.)

*x*) L. 10. pr. §. 24. D. quae in fraud. cred. (42, 8.)
L. 18. §. 10. de jure fisci.

Digitized by Google

in factum wegen einer alienatio judicii mutandi causa facta *y*).

### VII. Zwei Jahre

ſind 1) der actio de dolo vorgeſchrieben, und zwar als tempus continuum, während die actio in factum de dolo dreißig Jahre dauert *z*). Ferner 2) der Pfandeinlöſungsklage des Verpfänders nach erfolgtem Zuſchlag des Pfandes an den Gläubiger zum Eigenthum *a*).

### VIII. Ein Jahr.

Unter allen Zeiträumen für Temporalklagen iſt dieſer der reichhaltigſte. Es gehören hieher 1) alle aus dem jus honorarium (§. 24.) entſtandene Pönal- und auf Reſciſſion eines nach ſtrengem Civilrecht gültigen Geſchäfts abzielende ſachverfolgende Klagen *b*) mithin die meiſten Interdicte *c*). Eine Ausnahme machen die reiperſecutoriſchen Klagen, die ihren Urſprung nicht in Anſehung der Form allein, ſondern nach dem materiellen Recht aus dem prätoriſchen Edict ableiten, indem dieſe wie die Klagen aus dem Civilrecht perpetuae ſind. Namentlich gehören zu dieſen die in rem publiciana, die poſſeſſoriſchen Erbſchaftsklagen, die exercitoria, institoria, quod jussu, tributoria und de in rem verso actio, ferner die actio de recepto, das interd. de migrando, de precario *d*). Dagegen bleibt es bei den

---

*y*) L. 6. de alienat. judic. mut. caus. (4, 7.)

*z*) L. 8. C. de dolo malo (2, 21.)

*a*) L. 3. §. 3. C. de jure dom. impetrando (8, 34.)

*b*) L. 35. D. de O. et A. (44, 7.)

*c*) pr. J. de perpet. et temp. act. (4, 12.) gibt als Grund an: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium.

*d*) Unterholzner II. §. 269.

Digitized by Google

Klagen, die sich auf eine obligatio ex delicto gründen, in der Regel bei der Dauer 1 Jahres. Nur findet eine Ausnahme Statt: a) so oft bloß Sachverfolgung Zweck der Klage ist, b) wenn die prätorische Klage eine civilrechtliche ergänzt, was namentlich bei den mit dem aquilischen Gesetz verwandten Klagen der Fall ist, z. B. der actio de effusis vel dejectis *e*). Ferner gehören hieher 2) die actio de peculio gegen den Vater nach aufgehobener väterlicher Gewalt *f*), 3) die actio aestimatoria s. quanti minoris, wogegen die redhibitorische Klage, sowie der Anspruch auf Leistung des Interesse wegen verweigerter Sicherheitsbestellung, wenn bloß Minderung des Preises begehrt ist, nur 6 Monate, bei der geforderten Redhibition aber nur 2 Monate dauert; diese Frist von 2 Monaten gilt auch, wenn bloß auf Auslieferung der Ornamente eines verkauften Thiers geklagt wird *g*). Alle diese Fristen sind tempora utilia *h*). Ob 4) die Injurienklage in einem annus utilis oder continuus anzustellen, ist bestritten *i*). 5) Auch die Popularklagen haben nur ein 1 jähriges Leben *k*).

## IX. Unter einem Jahr

verjähren 1) die actio quanti minoris und die redhibitoria wie gedacht; 2) die Klage des dominus emphy-

---

*e*) Ebendas. §. 272 sq.

*f*) L. 1. pr. §. 2. 7. L. 2. pr. quando de pec. act. ann. (15, 2.)

*g*) L. 19. §. ult. L. 28. L. 38. L. 55. de aedil. ed. (21, 1.)

*h*) L. 1. §. 39. D. de vi (43, 16.) L. 1. pr. uti possid. (43, 17.) L. 14. §. 2. quod metus causa (4, 2.) L. 1. pr. quae in fraudem credit. (42, 8.)

*i*) Unterholzner §. 282.

*k*) L. ult. D. de pop. act. (47, 23.)

Digitized by Google

teuseos auf Ausübung des Vorkaufsrechts in Verkaufsfällen, nämlich in 2 Monaten *l*).

Noch iſt zu bemerken, daß nach ſächſiſchem Recht die Dauer der perpetuirlichen Klagen einen Zuſatz von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen erhält, wogegen bei Temporalklagen kein Zuſatz Statt findet *m*).

---

*l*) L. 3. C. de jure emphyt. (4, 66.)

*m*) Carpzov P. II. const. 3. def. 3. 4.

# Zweiter Abschnitt.

## Klagen zum Schutze des Besitzrechts.

### Erstes Kapitel.

#### Ueber possessorische Klagen überhaupt.

##### §. 45.

Vorerinnerung.

Warum die possessorischen Klagen, ungeachtet ihres über die Grenzen dieser Abhandlung reichenden Gebietes hier mit zur Betrachtung kommen, ist schon in der Einleitung §. 12. bemerkt worden; daher hier nichts weiter darüber zu sagen ist. Dagegen hat man es für nothwendig gehalten, die Hauptgrundsätze vom Besitz, theils zum leichtern Verständniß der Lehre von den possessorischen Klagen selbst, theils wegen der practischen Wichtigkeit dieser Sätze kürzlich vorauszuschicken.

Nur das Eigenthum gewährt eigentlich das rechtliche Vermögen, an einer Sache willkührlich Veränderungen vorzunehmen oder die Befugniß, mit Ausschließung Anderer darüber zu verfügen. Dasselbe, dessen Gegenstand im engern und juristischen Sinn, nämlich zum Unterschiede von Vermögen überhaupt, nur eine körperliche Sache ist, wird bloß auf die in den

Gesetzen vorgezeichnete Art erworben. Weder der Umstand, daß man die Sache in seiner Gewalt hat, noch der einseitige Wille des Erwerbenden allein reicht also zu dessen Erwerbung hin. Indessen hat das, was man Besitz oder die natürliche Gewalt der Unterwerfung einer Sache unter unsern Willen nennt, im Gegensatze von der vollkommenen rechtlichen Gewalt dazu, oder von dem Eigenthume, gleichwohl für sich allein gewisse rechtliche Wirkungen, die bald mehr bald weniger Aehnlichkeit mit dem Eigenthum und dessen Wirkungen haben, und darüber ist nun folgendes zu bemerken *n*).

## §. 46.

### Grundsätze.

1) Man kann auch ohne das nur dem Eigenthümer zustehende rechtliche Vermögen der Unterwerfung einer Sache unter unsern Willen bloß das physische Vermögen dazu haben. Wer nichts weiter hat als dieses, von dem sagt man, daß er die Sache inhabe (detinire). So detinire ich das seinem Herrn entlaufene und von mir eingefangene Stück Vieh, bis ich den Eigenthümer auskundschafte und es ihm ausantworte.

2) Es wird immer vorausgesetzt, daß das Inhaben mit Bewußtseyn verbunden ist. Habe ich, ohne es zu wissen, ein fremdes Kapitaldokument unter meinen Papieren, so kann man nicht sagen, daß ich es detinire; denn ich habe nicht das physische Vermögen der willkührlichen Verfügung darüber.

3) Zu dem Inhaben einer Sache kann die Absicht oder der Wille hinzukommen, die Sache für sich zu haben, (animus sibi habendi) mit andern Worten: die

---

*n*) Vergl. v. Savigny Recht des Besitzes.

Sache wie ein Eigenthümer zu behandeln. Durch ein solches bestimmtes Wollen erhält der factische Zustand des Inhabens die Eigenschaft eines rechtlichen, und heißt Besitz, und weil aus dieser Eigenschaft schon an und für sich Rechte entspringen, juristischer Besitz. Ohne dieses Wollen bliebe das Verhältniß zur Sache nur ein Inhaben oder ein bloß natürlicher, nichts juristisches an sich habender Besitz.

4) Eines solchen bestimmten Wollens, an der Sache ein Recht auszuüben, ist nur Eine *o*) willensfähige *p*) Person an einer besitzbaren *q*) Sache fähig.

5) Von der Regel, daß animus domini *r*) zum Wesen des juristischen Besitzes gehört, machen gewisse Besitzer eine Ausnahme, die diesen animus wirklich nicht haben, in sofern also bloß als natürliche Besitzer anzusehen wären, gleichwohl aber als juristische anerkannt sind. Von dieser Art der Besitzer ist der Pfandgläubiger; er will nicht das Eigenthum an der verpfändeten Sache ausüben, rücksichtlich deren er vielmehr den Verpfänder als Eigenthümer anerkennt; er will durch den Besitz des Pfandes nur für seine Forderung gesichert seyn.

---

*o*) Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. L. 2. §. 5. D. de adqu. vel am. poss. (41, 2.)

*p*) Daher können Unmündige, Wahnsinnige, juristische Personen (Corporationen) nur durch Stellvertreter den Besitz erwerben.

*q*) Ausgeschlossen sind deswegen alle dem Verkehr entzogene Sachen, da hieran kein Eigenthum möglich ist, folglich auch kein Besitz. ? [redacted]

*r*) Bei diesem animus domini kommt es nicht auf die Ueberzeugung an, daß man wirklich Eigenthümer sey, (opinio s. cogitatio domini) sondern nur auf den Willen, es zu seyn. Savigny §. 9. S. 92 (der 5. Ausg.)

Digitized by Google

6) Wessen Besitz aus einem gesetzlich gebilligten Grunde (titulus, causa possessionis) angefangen hat, heißt justus possessor; ausserdem injustus. Eine possessio ist injusta, wenn der Besitz mit Gewalt, oder Verheimlichung oder bittweise angefangen hat. Denn nur auf den Anfang des Besitzes wird hiebei gesehen, namentlich bleibt ein verheimlicht angefangener Besitz ein heimlicher, wenn auch dem Gegentheile nachher davon Kenntniß gegeben worden ist *s*). Ob der Besitzer bonae oder malae fidei possessor ist, hängt von seiner Vorstellung rücksichtlich seiner Besitzberechtigung ab.

7) Wer eine Sache ex justa causa und bona fide als sein eigen besitzt, kann, wenn die Sache sonst usucapionsfähig, namentlich nicht durch Diebstahl oder Gewalt in seinen Besitz gekommen ist, durch Ersitzung (usucapio) zum Eigenthume derselben gelangen. Der so qualificirte Besitz heißt Civilbesitz, auch Usucapionsbesitz.

8) Aber jeder Besitzer, auch der nicht civiliter besitzt, hat nicht nur das Recht der Selbstvertheidigung §. sq. 2., und kann jedem Angriff auf seinen Besitz mit angemessener, also nicht excessiver, Gegenwehr begegnen, sondern er hat auch, wo seine Kräfte unzulänglich oder unstatthaft wirken würden, Anspruch auf den Schutz des Staats gegen Gewalt, der durch richterliche Interdicte ertheilt wird. Der Besitz mit dieser geringern Qualification heißt possessio ad interdicta, Interdicten-Besitz. Dieser gilt auch von dem, welcher vitiose (es sey gewaltsam, oder heimlich oder bittweise) besitzt, sofern er nur a) überhaupt, es sey animo domini oder possidendi (n. 5.) und b) nicht von seinem Gegner selbst auf dergleichen fehlerhafte Weise

*s*) L. 6. pr. L. 40. §. 2. D. de adqu. vel am. poss.

besitzt, d. h. wenn der Gegner selbst es nicht ist, an dem die Gewalt (überhaupt die Eigenmacht, Thätlichkeit) die Verheimlichung oder der Mißbrauch des Precariums verschuldet worden. Nur wider Gewalt ist der Besitzer auch gegen Den geschützt, von dem er fehlerhaft besitzt. Daher ist die exc. vitiosae possessionis zwar gegen die Besitzstörungs-, nicht aber gegen die Besitzentsetzungsklage wirksam *t*).

9) Dem Civilbesitz wird der Naturalbesitz entgegengesetzt, bisweilen selbst dem bloßen (Interdicten-) Besitz. Mit dem Namen natürlicher wird nämlich α) jeder Besitz bezeichnet, der die Eigenschaften nicht hat, die den Besitz zum Civilbesitz machen, aber auch β) die bloße Detention, die kein juristischer Besitz ist, und so als ein bloß factisches Verhältniß nicht einmal zum Schutz durch Interdicte sich eignet.

10) Der Besitzer einer Sache kann diese einem Andern überlassen, entweder daß er sie bloß inhabe, oder daß er das Besitzrecht daran an seiner Statt ausübe. Dort behält er sich das Eigenthum und Besitzrecht, hier bloß das Eigenthum bevor. Das Verhältniß im letztern Falle wird mit dem Ausdruck abgeleiteter Besitz bezeichnet; der Erwerbende ist juristischer Besitzer, hat aber nicht den animus domini, sondern seine Absicht ist bloß auf den Besitz gerichtet. Alles kommt auf die Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts an, auf dessen Grund die Uebertragung erfolgt.

11) Der Fall, wo bloß die Detention dem Andern übertragen wird, und wo also kein abgeleiteter Besitz geltend zu machen ist, vielmehr der zwar im gewöhnlichen Leben, aber nicht juristisch s. g. Besitzer bezüglich auf das Besitzrecht nur als Stellvertreter des Ueber-

*t*) §. 6. J. de interd. (4, 15.)

Digitized by Google

tragenden, der ſein Beſitzrecht nicht verloren hat, erſcheint, tritt ein: bei dem Beſitz: a) des Verwalters, b) des Pächters, c) des Commodatars, d) des creditor immissus, e) des Nießbrauchers und Uſuars, f) des Superficiars, endlich g) des Depoſitars. In Anſehung des letzten findet jedoch eine Ausnahme Statt, wenn in einem Vindications-Prozeß zur Unterbrechung der Uſucapion, mit Zuſtimmung des Vindicanten und des Beſitzers der Sache, dieſe einem Sequeſter übergeben wird, welcher den von dem bisherigen Beſitzer aufgegebenen Beſitz erhält *u*).

12) Der Fall, wo Inhaben und Beſitz übertragen werden, alſo ein abgeleiteter Beſitz für den Erwerber Statt findet, der für ſich das Beſitzrecht ausübt, tritt ein a) bei dem Emphyteuta, b) bei dem Pfandgläubiger ex contractu (nicht bei dem, der ein bloßes prätoriſches oder ein richterliches Pfandrecht hat) c) bei dem bittweiſe Beſitzenden, wenn das precarium nicht ausdrücklich auf die Detention beſchränkt iſt.

13) Der Beſitz ſetzt eine körperliche Sache als ſeinen Gegenſtand voraus; analog wird jedoch auch ein Beſitz an Rechten angenommen, welcher zum Unterſchied von dem eigentlichen Beſitze (poss. vera), Quaſibeſitz (juris quasi possessio) heißt. So wie der wahre Beſitz die Ausübung des Eigenthums und ſomit der Geſammtheit aller darin enthaltenen Rechte iſt, ſo geht der Quaſibeſitz auf die Ausübung einzelner Beſtandtheile des Eigenthums z. B. des Nießbrauchs, welche mit oder ohne den Beſitz der körperlichen Sache als intellectuell vom Eigenthum abgeſonderte Rechte in der Geſtalt eigener Rechte, (jura in re) übrigens mit Anerkennung des Eigenthumsrechts des Eigenthümers an

*u*) L. 39. D. de adquir. poss.

der Sache selbst, ausgeübt werden. Hieher gehören besonders die Servituten.

14) Die Wirkungen des wahren und des Quasibesitzes sind bloß in sofern verschieden, als der Besitzer einer unkörperlichen Sache oder eines Rechts weder animo domini besitzen, noch solche possessorische Klagen gebrauchen kann, welche körperliches Inhaben voraussetzen. Auch findet nur in so weit das Recht der Selbstvertheidigung des Besitzes (n. 8.) Statt.

15) So wie zur Erwerbung des Besitzes corpus und animus erforderlich sind *v*) so ist dieß auch bei der Erhaltung desselben nothwendig. Leicht begreiflich würde aber, wenn man die körperliche Gegenwart in der Sache, die den Gegenstand des Besitzes ausmacht, zu streng und buchstäblich nehmen wollte, das Besitzrecht in vielen Fällen ganz unpractisch werden; es würde bei einer augenblicklichen Entfernung des Besitzers possessio vacua und der willkührlichen Occupation preisgegeben seyn. Wenn daher gleich bei dem Besitzer der animus ununterbrochen vorhanden seyn muß, indem man den Besitz solo animo aufgeben kann *w*), was jedoch eine unzweideutige ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung voraussetzt, so ist es doch, was die körperliche Einwirkung betrifft, genug, wenn nur der Besitzer in der Lage ist, daß er diese nach Belieben erneuern, das physische Vermögen der Einwirkung nach Gefallen reproduciren kann *x*). Geht dieses verloren, so ist auch der Besitz verloren *y*).

16) Zur Erwerbung des juristischen Besitzes eines Grundstücks, welches ein Anderer besitzt, ist indessen das

---

*v*) L. 1. §. 1. 3. D. de adquir. poss.

*w*) L. 3. §. 6. eod.

*x*) L. 3. §. 7. 13. eod.

*y*) L. 1. §. 24. de vi. (43, 16.)

bloße Factum der Apprehension nicht zureichend, sondern erforderlich, daß entweder der Besitzer nach hievon erlangter Kenntniß freiwillig zurücktritt, was für eine Tradition gilt, oder daß er mit Gewalt entsetzt wird, ohne auf der Stelle den Besitz wieder zu occupiren.

## §. 47.

### Die Wirkungen des Besitzes.

Der Besitz hat, wie schon gedacht, zweierlei Wirkungen:

1) man kann mittelst dessen, eine gesetzlich bestimmte Zeit hindurch geschehener Fortsetzung, sofern die sonst dabei vorausgesetzten Eigenschaften eintreten, er also Civilbesitz ist (§. 46. n. 7.) durch Usucapion zum Eigenthume gelangen. Der so qualificirte Besitz, von dieser Wirkung Usucapionsbesitz (possessio ad usucapionem) genannt, gewährt während des Laufs der Usucapionsfrist ein präsumtives (prätorisches) Eigenthum und den Schutz durch die actio publiciana, so wie die Erwerbung der Früchte aus der besessenen Sache, als Wirkung dieses Eigenthums.

2) Der Besitz wird durch Interdicte beschützt, und mit dieser Wirkung, welche durch den Ausdruck possessio ad interdicta oder Interdictenbesitz bezeichnet wird, verhält es sich so. Jeder Besitzer hat das Recht der Selbstvertheidigung, kraft deren er sich bei seinem Besitze gegen jede Gewalt, überhaupt Eigenmacht oder thätliche Anmaßung eines Andern schützen und nöthigenfalls Gewalt mit Gewalt abtreiben kann. Nur muß sich seine Thätigkeit nicht aggressiv sondern bloß repressiv äussern, und er muß auch im Uebrigen das moderamen inculpatae tutelae beobachten. In diesen Schranken wird auch der Versuch, den etwa schon verlornen

lornen Besitz auf der Stelle wieder zu erlangen, als Vertheidigung des Besitzes angesehen. Reicht nun aber diese Selbstvertheidigung nicht hin, oder ist der Besitzer seines Besitzes schon vollständig entsetzt worden, also daß es nicht mehr auf Vertheidigung, sondern auf Angriff und somit auf Selbsthülfe ankommt, um zum Zwecke zu gelangen, so muß dort wegen Unzulänglichkeit der Privathülfe, hier wegen Unstatthaftigkeit der Selbsthülfe die Hülfe des Staats durch den Richter eintreten. Der Richter ertheilt nun den Schutz jedem Besitzer, wenn er auch nicht civiliter besitzt, ja selbst ohne Rücksicht auf die Rechtlichkeit des Besitzes, durch Interdicte. Denn jeder Besitzer kann Schutz gegen Gewalt ansprechen, sowie gegen heimliche Unternehmungen wider sein Besitzrecht, oder gegen den Mißbrauch eines Precariums durch Vorenthaltung einer bloß bittweise eingeräumten Sache oder durch fortgesetzten Gebrauch eines widerruflich gestatteten Rechts nach erklärtem Widerrufe. Auch der Naturalbesitzer sofern man darunter nicht den bloßen Detentor versteht (§. 46. 10.) kann also auf den Schutz durch Interdicte Anspruch machen, vorausgesetzt, daß sein Besitz nicht durch eben solche, und zwar wider den Beklagten selbst z) begangene, unrechtliche Handlungen, wie die, wegen welcher er Schutz sucht, also vi, clam oder precario, angefangen hat.

## §. 48.

### Die possessorischen Interdicte in ihrer Anwendung überhaupt betrachtet.

Der Besitz und zwar, wie wir im vorigen §. gehört

z) L. 1. §. 9. D. uti possid. (43, 17.) L. 53. de adqu. poss. (41, 2.) §. 4. J. de int. (4, 15.) L. 17. D. de prec. (43, 26.)

haben, jeder Besitz wird durch Interdicte geschützt, die deswegen possessorische heißen, und deren es zwei Arten gibt. Die eine geht auf Erhaltung des Besitzes oder auf dessen Schutz gegen Störungen, und diese heißen interdicta retinendae possessionis. Es gibt seit der Verschmelzung des interdicti utrubi bei beweglichen Sachen mit dem int. uti possidetis eigentlich nur noch eines dergleichen, welches eben den hier zuletzt angegebenen Namen führt. Die andere Art, interdicta recuperandae possessionis genannt, geht auf die Wiedererlangung eines verlornen Besitzes. Es sind deren hauptsächlich zwei, das int. de vi und das int. de precario. Beiderlei Arten von Interdicten haben das mit einander gemein, daß sie gegen rechtswidrige Handlungen (delicta) gerichtet sind, die sich in der Form einer Gewaltthätigkeit oder Verheimlichung bei der Besitzerwerbung, oder auch in der Vorenthaltung einer bloß bittweise zum Besitz überlassenen Sache äussern. Mit der Frage über das Eigenthum haben sie nichts zu schaffen, daher auch keine Berufung auf das Recht zu besitzen dem Besitzstörer bei der Klage gegen ihn zum Behelf gereichen kann.

Es ist schon bemerkt worden, daß zwar alle possessorische Klagen Interdicte sind, nicht aber alle Interdicte possessorische Klagen, so wenig als alle Rechte eines Menschen dingliche sind, als welche allein Gegenstand des Besitzes seyn können, der immer eine körperliche oder wenigstens eine solche unkörperliche Sache voraussetzt, die als Recht an der körperlichen haftet, wie eine Servitut. Daß gleichwohl im practischen Leben sehr häufig gegen diese Regel gefehlt, und jede summarische Klage auf Schutz bei irgend einem Rechte, wenn die Sache nur irgend einige, oft nur vermeinte, Aehnlichkeit mit dem Besitz hat, mit dem Namen einer possessorischen ge-

Digitized by Google

stempelt wird, darf um so weniger befremden, da selbst ältere practische Schriftsteller, namentlich Schmidt in seinem Lehrbuche von Klagen, nicht von diesem Irrthume frei sind *a*).

## §. 49.

Wiefern sie bei Servituten anwendbar sind; Regeln.

Die poss. Interdicte setzen den körperlichen Besitz einer Sache voraus, daher sie in der Regel bei Störungen oder Entsetzungen des Besitzes unkörperlicher Sachen, also bei dem Quasibesitze nicht Statt finden. (§. 46. 13.) Nur bei gewissen Quasibesitz-Gegenständen kann man sich der eigentlichen possessorischen Klagen bedienen; bei den übrigen haben die Gesetze eigene Interdicte gegeben, was auch ganz consequent daraus folgt, daß bei den Gegenständen der letztern Kategorie die Ausübung des Rechts nicht mit dem natürlichen Besitz der Sache verbunden ist, welcher gleichwohl Bedingung der Besitzklagen ist *b*). Die Gerechtigkeiten oder jura in re, zu deren Schutz man sich poss. Klagen bedienen kann, sind aus dem eben angeführten Grunde die persönlichen Servituten; denn ihre Ausübung ist ohne den natürlichen Besitz der Sache, woran man den Nießbrauch, den usus, die Wohnungsgerechtigkeit hat, nicht möglich. Gleiches gilt auch von dem jus super-

*a*) Dieses so oft gepriesene, aber nach meiner Ueberzeugung selbst gegen das ältere Böhmerische sehr zurückstehende Schmidtische Lehrbuch handelt sogar von possessor. Klagen aus Verträgen, was freilich schon Martin in der von ihm besorgten Ausgabe gerügt hat. Vergl. u. a. die Anmerkung ad §. 948.

*b*) L. 1. §. 1. u. 8. D. uti poss. (43, 17.)



Digitized by Google

ficiarium, nur daß hier statt des int. uti possidetis eine eigene poss. Klage, das int. de superficiebus gegeben ist, das jedoch von jenem nur dem Namen nach verschieden ist. Dagegen findet z. B. die Wegegerechtigkeit ohne die Detention des belasteten Fundus Statt; sie läßt dem Eigenthümer den Besitz des Grundstücks unangetastet. Daher gelten folgende Regeln:

1) bei persönlichen Servituten, sowie bei der Superficies finden die poss. Interdicte wie bei dem gestörten oder entzogenen Besitze körperlicher Sachen Anwendung, also resp. das interd. uti possidetis, das int. de vi und das int. de precario. — Anders ist dieses bei dinglichen oder Prädialservituten, die auch auszeichnungsweise Servituten genannt werden, d. h. bei denjenigen Gerechtigkeiten, welche einem Grundstück an einem andern zustehen, von jedem Besitzer des berechtigten gegen jeden Besitzer des verpflichteten oder dienenden Grundstücks ausgeübt werden können, und je nachdem das berechtigte Grundstück ein Gebäude oder ein anderes Grundstück (area) ist, entweder servitutes praedii urbani oder serv. praedii rustici heißen. Bei diesen Prädial- oder Realservituten finden keine interdicta recuperandae Anwendung und int. retinendae nur mit Unterschied, je nachdem die Servitut eine affirmative oder negative ist.

Wie bekannt correspondirt nämlich der Servitut-Gerechtigkeit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks die Pflicht bald zu einem Geschehenlassen oder Leiden, bald zu einem Unterlassen oder Nichtthun, und darauf beruht die wesentliche und Haupteintheilung der Servituten in servitutes in patiendo und in non faciendo. Der Servitutpflichtige muß entweder eine Handlung des Berechtigten leiden, die er sonst kraft seines Eigenthumsrechts zu ver-

Digitized by Google

hindern befugt gewesen wäre, oder er darf vermöge der Servitut eine Handlung nicht vornehmen, die er sonst als Eigenthümer hätte vornehmen können. In Beziehung auf den Servitutberechtigten, der hiernach entweder etwas zu thun oder etwas nicht geschehen zu lassen befugt ist, werden die serv. in patiendo affirmative auch positive, die servitutes in non faciendo negative genannt. Der Nutzen einer Prädialservitut besteht nämlich in der Ausübung eines Rechts an dem dienenden Grundstück, und diese Ausübung kann geschehen:

A. in Beziehung auf das berechtigte Grundstück mittelbarer Weise, d. h. durch Handlungen, wozu zwar der Besitz des berechtigten Grundstücks den Berechtigungsgrund enthält, die aber im übrigen von diesem Besitz unabhängig geschehen. Dieß ist der Fall bei der Wegegerechtigkeit, dem Weiderecht u. s. w. Man kann auch sagen, daß hier der Inhalt der Prädialservitut in der Vornahme von Handlungen besteht, die an sich ohne eine Beziehung auf ein (herrschendes) Grundstück wären, die aber als Inhalt einer Servitut nur in dieser Beziehung vorgenommen werden können.

B. Die Ausübung kann aber auch in Hinsicht auf das berechtigte Grundstück unmittelbarer Weise geschehen, nämlich durch Verbindung des dienenden und des berechtigten Grundstücks mittelst einer Veranstaltung, wodurch eine äusserlich sichtbare Beziehung der beiden Grundstücke auf einander entsteht; das dienende Grundstück wird in einen Zustand von Abhängigkeit gegen das herrschende versetzt, also daß der Besitz des berechtigten Grundstücks zugleich und nothwendig auch den Besitz der Gerechtigkeit involvirt, wie z. B. bei der servitus oneris ferendi, tigni immittendi, oder auch wenn ich das Recht habe, die Röhrenfahrt meines Brunnens durch

Digitized by Google

meines Nachbars Wiese zu ziehen u. s. w. Diese Servituten (A. und B.) heißen nun affirmative oder positive, weil es dabei auf Handlungen und positives Einwirken von Seiten des berechtigten Grundstücks resp. seines Besitzers auf das dienende Grundstück ankommt. Hier muß der Verpflichtete immer etwas leiden.

C. Die dritte Art der Ausübung einer Servitut besteht in der Geltendmachung eines Untersagungsrechts gegen Handlungen, welche der Besitzer des dienenden Grundstücks kraft seines Eigenthumsrechts sonst hätte vornehmen können, die er aber eben wegen der Servitut unterlassen muß. Diese Servituten heißen negative, und von dieser Art sind die serv. altius non tollendi, ne luminibus, — ne prospectui officiatur etc. Hier ist Nichtthun des Verpflichteten Zweck des Dienstbarkeitsrechts.

## §. 50.

### Fortsetzung.

Hiernach ergeben sich für die Anwendbarkeit der possessorischen Interdicte auf die dinglichen Servituten weiter folgende Regeln:

2) Bei positiven Servituten, (wohin alle Rusticalservituten gehören, indem es keine negative dergleichen gibt, während die serv. urbanae sowohl affirmativ als negativ seyn können,) die mit dem Besitze des berechtigten Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen (B.), auch serv. continuae genannt, findet das interdictum uti possidetis zum Schutze des gestörten Besitzes Anwendung, nicht aber ein interd. recuperandae, weil der Besitz nicht gänzlich entzogen werden kann, so lange der Kläger im Besitz der Hauptsache bleibt. Nimmt also der Beklagte an der Mauer seines Gebäudes,

Digitized by Google

worauf vermöge der serv. oneris ferendi des Klägers Haus ruhet, eine Veränderung vor, wodurch letzteres an Festigkeit verliert, so ist dieß nur eine Störung des Klägers im Besitze seines Hauses. Ja selbst wenn der Beklagte die Mauer ganz weggebrochen, den Kläger also sofort der Gefahr des Einsturzes seines Gebäudes ausgesetzt hätte, wäre dieß ebenfalls nur eine Störung, der Besitz des Hauses selbst nicht entzogen.

3) Bei negativen Servituten (C.) hat es gleiche Bewandtniß. Doch kann der Gestörte sich auch des int. quod vi aut clam und dieß noch vortheilhafter *c*) bedienen, wenn der Servitutpflichtige auf eine eigenmächtige oder versteckte Weise etwas Nachtheiliges gegen sein Servitutrecht unternommen hat.

4) Ob bei den affirmativen Servituten der ersten Art (A.) überhaupt eine der gewöhnlichen possessorischen Klagen Statt finde, ist unter den Rechtsgelehrten nicht ausgemacht. Daß die int. recuperandae unanwendbar sind, ist nicht bezweifelt; es ist auch für diese Annahme die deutliche l. 4. §. 27. D. de usurp. (41, 3.) Auch hat die Unstatthaftigkeit des int. de precario Savigny *d*) einleuchtend dargethan. Anders ist dieß bei dem int. uti possidetis, dessen Statthaftigkeit wenigstens in der Form einer actio utilis, von Einigen behauptet wird. Nach römischem Recht erscheint die Theorie Savigny's *e*) ganz begründet. Da nämlich keine Störung im Besitze des berechtigten Guts, als des Subjects des Rechts, eintritt, wenn mich mein Nachbar im Besitze der Wegegerechtigkeit stört, so kann ich auch nicht mit dem

---

*c*) v. Savigny §. 46. S. 555. nr. 1.

*d*) a. a. O. §. 46. S. 537.

*e*) a. a. O. §. 46. S. 539. N. 1.
s. dagegen Thibaut im Archiv für civ. Pr. I. S. 111.

Digitized by Google

int. uti poss. klagen. Ich habe dieß aber auch nicht nöthig, da wenigstens für die wichtigern Servituten (und bei den minder wichtigen nimmt man billig an, daß es nicht nöthig sey, den Streit über den Besitz von dem über das Recht zu trennen) das röm. Recht eigene Interdicte mit der Wirkung von Besitzklagen (interdicta veluti possessoria *f*) genannt) gegeben hat. Die hieher gehörigen Servituten (serv. praed. rustici) sind 1) die Wegegerechtigkeit (iter, actus, via) zu deren Schutze das interd. de itinere actuque privato, so wie für den Fall der gehinderten Wiederherstellung und Unterhaltung des Weges das int. de itinere actuque reficiendo dient. 2) Das Recht einer Wasserleitung (jus aquaeductus), bei deren gehindertem Gebrauche das int. de aqua quotidiana vel aestiva, so wie bei einem der Ausbesserung der Wasserleitung gemachten Hindernisse das int. de rivis gegeben ist. 3) Die Wasserschöpf- auch Viehtränkgerechtigkeit (jus aquae hauriendae et pecoris ad aquam adpulsus), deren Schutz das interd. de fonte, und sofern es sich von gehinderter Herstellung des Brunnens handelt, das int. de fonte reficiendo bezielt. Dieß sind die für den Besitzschutz der bemerkten wichtigern Rusticalservituten gegebenen Interdicte, wovon im folg. Abschnitte mit Mehrerem. Für die minderwichtigen gibt es überhaupt keine possessorische Rechtsschutzmittel, sondern man muß sofort petitorisch klagen *g*).

## §. 51.

### Modificationen nach der Praxis.

So begründet und haltbar diese Theorie nach röm.

*f*) L. 20. D. de serv. (8, 1.)
*g*) Savigny §. 46. S. 530. Note 1.

Recht erscheint, so stellt sich doch die Sache etwas anders dar nach dem practischen Recht, wie dieses sich mit Rücksicht auf deutsche Rechtseigenheiten und Verfassungen, dem Bedürfniß gewisser moderner, den Römern unbekannter Einrichtungen gemäß, ausgebildet hat. Wenn den Römern die Weide-, Schaftrieb-, Zehent-, Jagd-Gerechtigkeit, die Gerichtsbarkeit als ein Gutsannexum u. s. w. theils nicht von der Bedeutung erschienen, als uns, theils ganz unbekannt waren, so ist dieß ganz anders bei uns. Manches dieser Rechte oder vielmehr alle hier beispielsweise genannten sind viel wichtiger als irgend eine von den bemerkten Arten der ländlichen Dienstbarkeiten, und eine Störung des Besitzes also sogar folgenreicher, als die gehinderte Benutzung eines Gehwegs u. dgl. Daher hat auch die Praxis der deutschen Gerichte, von den ehemalig höchsten Reichsgerichten bis zu den untersten Gerichtsämtern in den einzelnen Territorien herab, zahllose Besitzprozesse über die bemerkten, im römischen Recht nicht genannten Gegenstände des Quasibesitzes aufzuweisen, worin in causis turbatae possessionis vel quasi der Schafhutgerechtigkeit, des Zehentens, des Wildbanns u. s. w. Mandata S. C. erkannt und definitive Entscheidungen erlassen wurden. Die Praxis nimmt also auch in den Fällen, für welche nach röm. Recht keine der vorhin bemerkten speciellen Interdicte gegeben ist, und wo auch sonst das allgemeine auf Besitzerhaltung gerichtete int. uti possidetis directe nicht Anwendung fände, dasselbe gleichwohl utiliter an *h*).

---

*h*) Voet comm. ad pand. L. XLIII. Tit. 17. §. 1. — Carpzov. P. II. const. 7. def. 11. — Lauterbach coll. th. pr. L. 43. Tit. 17. §. 5. — Brunnemann

# Zweites Kapitel.

## Schutz des Besitzes an körperlichen Sachen, insonderheit gegen Störungen.

### §. 52.

#### I. Von dem interd. uti possidetis *i*).

Wenn der Besitz einer Sache gehörig geeigenschaftet (Civilbesitz) ist, (§. 46. 7.) und eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzt wird, so führt er kraft der Usucapion zum Eigenthum, eben so wie dieses sofort und unmittelbar gewirkt wird an einer herrenlosen Sache durch Occupation derselben, und an einer im Eigenthume befindlichen durch Tradition von Seiten des Eigenthümers. An sich aber ist der Besitz in Beziehung auf die Eigenthumsfrage etwas Provisorisches, das erst durch den Erwerb des Eigenthums definitive Kraft und Realität erhält. Es war daher die Vorstellung, daß der Besitzer präsumtiver Eigenthümer, die possessorischen Klagen provisorische Vindicationen seyen, gerade nicht unnatürlich, wenn sie schon wie Savigny §. 36. gezeigt hat, juristisch nicht Stand hält. Können indessen gleich die possessorischen Interdicte nicht als provisorische Vindicationen gelten, so findet doch ein possessorisches

in comm. ad hunc tit. — Stryk U. M. ibid. §. 19. — Glück X. S. 209. — Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 297.

*i*) C. Albert über das interd. uti poss. der Römer. Halle 1824. 8.

Provisorium bei Vindicationen Statt, und namentlich das interd. uti possidetis dient dazu, so bald es nämlich entweder darauf ankommt, bei dem Vindicationsstreit bestimmt zu wissen, wer Besitzer ist, und wer somit in dem Prozeß gegen denselben die petitorische Rolle als Kläger zu übernehmen hat, oder andere Gründe die provisorische Regulirung eines zweifelhaften Besitzstandes fordern, wozu ausser der Besorgniß von Ruhestörungen in der Sache selbst Gründe liegen können, z. B. in der besorglichen Störung der Cultur eines Grundstücks. Zwar soll der Eigenthums-Vindicant nach der Regel: daß die Reivindication von dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werde, nicht zugleich mit dem interd. uti poss. auftreten, indem er mit diesem eine Eigenschaft behauptet, die er bei der Reivindication nicht zu haben vorgibt, nämlich die des Besitzes. Indessen gehen doch hier im Grunde beiderlei Klagen, die petitorische und possessorische, auf den Besitz, nur mit dem Unterschiede, daß jene einen definitiven (das jus possidendi), diese einen provisorischen bezweckt. Auch der Eigenthumsvindicant sucht sobald als möglich der Vortheile des Besitzes theilhaftig zu werden, und in dieser Intention unterstützen ihn auch die Gesetze *k*) Fälle dieser Art sind allerdings practisch, wie man sich aus folgendem überzeugen wird.

## §. 53.

### Beispiel.

Die Bauern Kunz und Matz besitzen zwei Halb-

*k*) L. 12. §. 1. D. de poss. (41, 2.) — — Non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit.

Digitized by Google

höfe, die als ganzer Hof in früherer Zeit unter einem Besitzer vereinigt waren, bis dieser selbigen unter seine zwei Söhne A. und B. vertheilte. Bei der Theilung der einzelnen Grundstück-Zugehörungen war aber keine Vermessung erfolgt, da den beiden Söhnen die Grundstücke nach ihrer Lage und Begrenzung ohnehin bekannt waren, und sie sich daher die Kosten einer geometrischen Ausmessung und Vermarkung ersparen zu können glaubten. Zu der Hälfte des A. die nun Kunz besitzt, kam unter andern ein Stück Wald, und zu der des B. deren Besitzer Matz ist, ein bei jenem Waldstücke liegender Acker. Beide Stücke haben noch jetzt keine künstliche Grenzbezeichnung. In den Vertheilungs-Acten sind zwar alle Grundstücke bemerkt, die zu dem einen und dem andern Gute gehören, aber eines schmalen Strich Landes zwischen der bemerkten Waldung des A. und dem Acker des B. geschah keine Erwähnung, entweder weil man das Stück ohnehin als Zugehör des Waldes ansah, oder wegen seines geringen Umfangs (es hält nur ½ Tagwerk) und wegen seiner schlechten Beschaffenheit, da es bis in neueste Zeit als sumpfiges, keine Cultur zulassendes Land angesehen wurde. Beide Güter sind in den Personen des Kunz und Matz nun in dritten Händen, und die Interessenten bei der Vertheilung des Hofs nicht mehr am Leben. Nun hat Kunz von einem alten Mann im Dorfe, der zur Zeit der Vertheilung bei dem Besitzer des ganzen Hofs als Knecht diente, gehört, daß damals die Rede davon gewesen, es grenze die dem A. zugetheilte Waldung an den Acker des B. Kunz ein culturfleißiger Mann, unternimmt es nun, das sterile Land, das er für ein Zugehör seiner Waldung hält, nutzbar zu machen, leitet das Wasser ab, pflanzt darauf Erlen u. dgl. Jetzt wird erst Matz aufmerksam; er behauptet, das Stück sey ein Zugehör

Digitized by Google

seines Ackers, und weil jener sich nicht an diese Behauptung kehrt, so treibt er seine Ochsen hinein und ruinirt die Pflanzung. Jenes hat er nun in dem bisherigen öden Zustande des Landes gelegenheitlich freilich auch schon gethan; er hat bisweilen von seinem Acker aus das Vieh auf den Platz laufen lassen, was ganz unschädlich geschehen konnte, aber er hat nicht daran gedacht, (nicht den animus gehabt), dadurch ein Besitzrecht ausüben zu wollen, wenn er gleich aus dem, was bloß zufällig und ohne alle Absicht geschehen, jetzt Besitzhandlungen zu formiren vermeint. Kunz, welcher bei seiner Culturunternehmung auf diese Weise sich gestört sieht, tritt nun gegen Matz klagend auf. Es ist kein Zweifel, daß er mit dem interd. uti possidetis vor allen sich den ruhigen Besitz zu sichern suchen sollte. Allein da auf diese Weise zwei oder, wenigstens nach der Praxis, die freilich auf keinem haltbaren Grunde beruht (§. 56 fg.), drei Prozesse ihm bevorstehen, nämlich das poss. summarium, hiernächst das poss. ordinarium und endlich das petitorium, so meint er in seiner bäuerlichen Einfalt auf kürzerem Wege seinen Zweck erreichen zu können; er will wissen: ob, wie er nicht zweifelt, ihm oder seinem Nachbar das streitige Land gehöre, und die Nothwendigkeit eines mehrfachen Prozesses will ihm um so weniger einleuchten, da das streitige Stück einen geringen Werth hat, so daß Zweck und Mittel ihm nicht im Verhältniß zu stehen scheinen. Kurz, er tritt mit der Eigenthumsklage auf, und wenn der Richter, der die Klage zu Protokoll aufnimmt (oder nach Gelegenheit der Sachwalter) die gesetzlichen Vorschriften nicht besser kennt, als der Bauer, so mag bis zu entschiedener Sache das Culturunternehmen ganz zu Grunde gehen; auch wird es nicht an Thätlichkeiten zwischen beiden Nachbarn fehlen. Doch steht Kunzens Vindication

hier nicht im Widerspruche mit dem Schutz gegen die behauptete Störung im Besitz. Es müßte sonst angenommen werden, daß er den Besitz verloren habe, folglich nicht mehr zu dem int. retinendae greifen könne. Allein der Besitz wird nur corpore oder animo verloren. (§. 46. 15.) Von einem Verlust auf erstere Weise ist hier nicht die Rede, und daß Kunz den Besitz animo verloren habe, kann darum nicht angenommen werden, weil er mit der Reivindication gerade den animus possidendi zu erkennen gibt. Daher hat es kein Bedenken, daß Kunz die Reivindication fallen läßt, und das int. retinendae anstellt, oder auch beide cumulirt, den Klagantrag also dahin richtet, zu erkennen:

> daß das Eigenthum des fraglichen Landes ihm zustehe, bis zu entschiedener Sache aber dem Beklagten alle Störungen in dem Culturunternehmen bei Strafe zu verbieten u. s. w.

Diese Einleitung der Sache empfiehlt sich um so mehr als zweckmäßig, da der Beklagte, auch abgesehen von der bemerkten mangelhaften Eigenschaft seines Besitzstandes, durchaus nichts verliert, wenn das Culturunternehmen Fortgang hat, und das Grundstück für den Fall seines Obsiegs verbessert erscheint. Denn bei der von ihm angerichteten Verwüstung hatte er keineswegs die Absicht, den frühern uncultivirten Zustand wieder herzustellen; er wollte nur sein vermeintes Recht factisch geltend machen.

## §. 54.

### Weitere Eigenschaften und Erfordernisse des int. uti poss.

Der Grund des interd. uti possidetis ist eine rechtswidrige d. h. gewaltsame oder heimliche Störung des Besitzes. Unter Besitz wird hier überhaupt

Digitized by Google

der juristische Besitz, im Gegensatze der bloßen Detention (§. 46. 3.) verstanden, derselbe mag im übrigen rücksichtlich seines Ursprungs beschaffen seyn, wie er will, possessio justa oder injusta, bonae oder malae fidei *l*), so daß die Klage auch dem vi, clam oder precario Besitzenden zusteht, wenn es nur nicht der Beklagte ist, von dem er auf diese fehlerhafte Weise besitzt. Auch auf die Dauer des Besitzes kommt nichts an, sondern nur darauf, daß der Kläger Besitzer zur Zeit der Störung ist; es genügt selbst momentanea possessio *m*).

Störung im Besitz ist der Grund dieser Klage. Aber nicht bloß gegen gewaltsame Eingriffe in unsere Besitzrechte, auch gegen jede heimliche und versteckte Unternehmung, überhaupt gegen jede Beunruhigung können wir von dieser Klage Gebrauch machen. Selbst die bloße Besorgniß einer Störung die freilich nach richterlichem Ermessen als gegründet erscheinen muß, selbige sey nun durch ausgestoßene Drohungen oder auf sonstige Weise veranlaßt, berechtigt zu diesem Rechtsmittel, da in dem Benehmen des Gegners eine Beschränkung unseres Besitzrechts, wozu ruhiger Genuß gehört, liegt *n*).

Die Klage setzt voraus, daß der Besitz noch nicht verloren ist. Wegen eines schon verlornen Besitzes (dejectio) greift nur das int. recuperandae poss. Platz.

---

*l*) Justa an injusta adversus caetéros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet; quam ille, qui non possidet. L. 2. D. uti poss. (43, 17.)

*m*) L. un. C. ubi de poss. (3, 16.)
L. un. C. si de mom. poss. (7, 69.)

*n*) Albert a. a. O. §. 39.

Indessen nach dem Recht der Selbstvertheidigung, welches zu den Rechten des Besitzes gehört, kann der Besitzer nicht bloß mit angemessener Gewalt sich bei dem Besitz zu erhalten suchen, sondern auch, wenn er schon aus dem Besitz gedrängt wäre, auf der Stelle den Versuch machen, dem Spolianten die Detention wieder zu entreißen, und wenn dieß ihm gelingt, so wird der Besitz nicht für verloren erachtet *o*). Eben so wenig wird durch heimliche Occupation einer unbeweglichen Sache der Besitz verloren, wenn der Besitzer, so bald er hievon Kenntniß erlangt, den Eingedrungenen wieder vertreibt *p*).

Es gibt zwei verschiedene Arten, wie eine Besitzstörung geschehen, also Anlaß zur Klage gegeben werden kann *q*). Der Störer kann nämlich entweder den Besitzer hindern, über sein Besitzthum willkührlich zu verfügen, oder sich selbst eine Befugniß darüber anmaßen, die nur durch das Recht des Besitzes gerechtfertigt wäre, das ihm aber nicht zusteht. Die erste Art besteht also darin, daß der Besitzer an den beliebigen Verfügungeu in seinem Besitzthume verhindert wird, z. B. an der Bestellung und gehörigen Benutzung seiner Grundstücke, an Einheimsung seiner Feldfrüchte, an einem Bauunternehmen ꝛc. Geschieht diese Störung in einer gemeinschaftlichen Sache, hindert also der Miteigenthümer eine nothwendige Reparatur oder eine sonstige Veranstaltung des gemeinschaftlichen Gebäudes oder Grundstücks, hindert er einen nothwendigen Uferbau bei der

---

*o*) L. 17. D. de vi (43, 16.)
v. Savigny §. 40. S. 472.

*p*) L. 3. §. 7. D. de poss. — Albert a. a. O. §. 17.

*q*) Donellus in com. L. XV. cap. 32.

der an einem Fluß liegenden Wiese, die beide in Gemeinschaft besitzen, auf gemeinschaftliche Kosten u. s. w. so stört er den Andern in dem Besitz seines Antheils, und dieser kann entweder mit unserm Interdict oder auch mit dem judicium communi dividundo klagend auftreten und mit letzterem auf Theilung der Sache antragen, wovon denn die Vertheilung der Lasten und Leistungen ein Annerum ist *r*). Die zweite Art der Störung geschieht wenn jemand in meiner Besitzung wider meinen Willen etwas unternimmt, wodurch ich gestört werde z. B. wenn er, um sich den Weg durch mein Grundstück, den er servitutweise hat, bequemer zu machen, eine Vorrichtung macht, die ich ihm nicht gestatten zu dürfen glaube; oder wenn er sich einer Dienstbarkeit anmaßt, die ich ihm nicht einräume. Hier kann ich mit der Negatorienklage petitorisch, bequemer aber mit dem int. uti possidetis possessorisch klagen. Ueberall aber wird wie gedacht vorausgesetzt, daß der Störer in des Klägers Besitzung das Unternehmen macht; denn thut er es in dem Seinigen, legt er also z. B. nahe an meiner Wand, jedoch auf seinem Eigenthum, eine mir schädliche Mistgrube an, so gilt dieß nicht als Besitzstörung. Ich muß daher den mir drohenden Nachtheil durch ein anderes Rechtsmittel abzuwenden suchen. Hier kann ich mich der operis novi nunciatio bedienen, wenn das Werk noch nicht vollendet ist, oder ausserdem auf Bestellung einer Caution gegen besorgliche Beschädigungen antragen, und wenn diese aufrecht gemacht ist, ex stipulatione cautionis damni infecti den mir etwa verursachten Schaden einklagen *s*).

---

*r*) L. 4. §. 3. L. 12. D. comm. divid. (10, 3.)

*s*) L. 17. §. 2. si serv. vind. (8, 5.)



Digitized by Google

## §. 55.

### Fortſetzung.

Bei dem int. uti poss. iſt noch folgendes zu bemerken:

1) Es iſt daſſelbe, was ſchon ſeine Natur mit ſich bringt, nur gegen den Störer ſelbſt, nicht gegen einen Dritten zu gebrauchen. Dieß gilt auch von dem int. unde vi; nur das canon. Recht läßt gegen den mit dem Spolium bekannten Dritten die Spolienklage zu *t*).

2) Wer nicht Beſitzer iſt, kann mit dem int. uti poss. nicht klagen, alſo nicht der rei servandae causa in possessionem missus *u*). Dieſer hat ein eigenes Interdict *v*). Nur der missus in poss. ex secundo decreto hat den wirklichen Beſitz alſo auch das Interdict *w*). Auch dem Depoſitar, Commodatar, Miether, Pächter kommt es nicht zu Statten, da ſie nur Namens des Deponenten, Commodanten, Vermiethers, Verpächters beſitzen, und von dieſen durch Anſtellung des int. uti poss. vertreten werden müſſen, weshalb jene bloßen Naturalbeſitzer ſich an ſie nöthigenfalls mit der Contractsklage halten können. Wird alſo der Pächter geſtört, ſo hat er dem Verpächter, deſſen Beſitzrepräſentant er iſt, hievon Nachricht zu geben, und dieſer die Beſitzſtörungsklage anzuſtellen, oder jenen, daß er ſie in ſeinem Namen anſtelle, zu beauftragen. Unterläßt der Verpächter ꝛc. den Pächter ꝛc. auf dieſe Weiſe Genug-

---

*t*) Albert a. a. O. §. 25.

*u*) L. 3. §. 8. uti possid. (43, 17.)

*v*) tit. D. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (43, 4.)

*w*) L. 15. §. 16. 17. 19—23. 33. L. 18. §. 15. de damno infecto (39. 2.)

Digitized by Google

thuung zu verschaffen, so kann dieser gegen ihn ex contractu klagen.

3) Der Nießbraucher, so wie jeder Servitutberechtigte, der die Detention der dienenden Sache hat, kann zwar, da er nicht animo domini besitzt, nicht als eigentlicher Besitzer der Sache, aber als Quasibesitzer seines mit dem Inhaben der Sache verbundenen Rechts die Besitzstörungsklage anstellen. (§. 46. 13. §. 49.)

4) Der Kläger muß seinen juristischen Besitz und die Störung beweisen. Die Rechtmäßigkeit des Besitzes braucht nicht erwiesen zu werden. Wenn der Beklagte die Einrede des vitiosen Besitzes bezüglich auf ihn selbst entgegensetzt, also: daß der Kläger vi, clam oder precaria von ihm, Beklagtem, besitze, so liegt ihm der Beweis ob *). Petitorische Einreden: daß man Eigenthümer der Sache sey ꝛc., können nicht beachtet werden, es wäre denn daß zugleich damit die eben bemerkte Einrede des vitiosen Besitzes begründet wäre. Was den Beweis der Störung anlangt, so braucht selbigen der Kläger nicht erst zu führen, wenn der Beklagte ihm den Besitz abläugnet. Denn dieses Läugnen enthält schon eine Störung, so bald der Kläger seinen Besitz bewiesen hat x).

5) Das int. uti poss. ist ein interdictum duplex d. h. a) jede Partei kann als Kläger auftreten, wenn sie den Besitz und die Störung von Seiten der andern darthun kann; b) sie verliert nichts an ihren Rechten, wenn sie nicht klagt, sey es nun α) daß sie klagen kann, aber nicht klagen will, indem sie es vorzieht, die Klage des Gegners abzuwarten, oder β) daß sie nicht klagen kann, weil sie nicht besitzt, sondern nur der Gegner, obschon dieser vitiose im Besitz ist. Der Gegner kann also verurtheilt werden, er sey Beklagter oder

*) Thibaut P. R. §. 314. x) Hommel rhaps. Vol. I. obs. 17.

Kläger, obschon letzterer sonst nicht verurtheilt wird; der Richter regulirt nämlich den Besitz nach dem Resultate der Untersuchung *y*). Ergibt sich also hiernach, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte den juristischen Besitz hat, liegt folglich eine eigentlich s. g. controversa possessio dem Streit zu Grunde, so gewinnt der Beklagte den Prozeß und es wird die Sache in Ansehung der Verurtheilung des, des Besitzes sich anmaßenden Klägers so genommen, als wenn der Beklagte klagend aufgetreten wäre. Aber es kann auch der Fall seyn, daß der Kläger wirklich Besitzer ist, jedoch von dem Beklagten selbst fehlerhaft besitzt. Hier sollte eigentlich, da der Besitz zugestanden, und nur die exceptio vitiosae possessionis vorgeschützt worden, der Beklagte bloß absolvirt, somit erkannt werden, daß er den Kläger im Besitz nicht gestört habe. Damit würde nun aber eigentlich für den Besitzstreit, oder doch wenigstens für die Abwendung neuer Störungen, die aus der Nichtregulirung des Besitzstandes folgten, nicht viel gethan seyn, und die beiden Theile sich bald wieder in den Haaren liegen, da nicht entschieden wäre, wem der Besitz einzuräumen sey. Daher ist es eine sehr practische Wirkung der Duplicität des Interdicts, daß in diesem Falle der Vertheidigung durch die Einrede des vitiosen Besitzes der Beklagte nicht bloß losgesprochen, sondern daß der Kläger verurtheilt wird, den Besitz des Beklagten anzuerkennen, und was dem anhängig ist *z*).

6) Wie alle prätorische Rechtsmittel, welche aus einem Delict herrühren und auf Strafe gehen, so verjährt auch unser auf der unerlaubten That der Besitzstö-

*y*) §. 7. J. de interd. (4, 15.) L. 3. §. 1. D. uti poss. (43, 17.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44, 7.)

*z*) v. Savigny §. 37. a. E.

rung beruhendes Interdict in einem Jahre nach der Besitzstörung, welches utiliter gerechnet wird (§. 41. 3.) *a*). Nach Ablauf dieser Frist kann der Besitzstörer nur in soweit noch belangt werden, als er bereichert ist, sowie auch der Besitz selbst durch diese Verjährung nicht verloren wird, daher jede neue Störung zur Klage berechtigt *b*).

7) Der Zweck des Interdicts und somit auch das Petitum des Klägers geht,

auf Schutz im Besitz, Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens und Sicherung gegen künftige Störungen.

In letzterer Beziehung wird daher auf Leistung einer Caution de non amplius turbando angetragen. Wenn gleich dieser Caution in den Gesetzen nirgends Erwähnung geschieht, so ist sie doch durch die Praxis eingeführt und schon ein natürliches Attribut der richterlichen Zwangsmaßregeln. Leistet also der Verurtheilte dem richterlichen Erkenntniß:

daß der Kläger (Implorant) bei dem Besitze des Stück Landes ꝛc. bis der Beklagte (Implorat) in possessorio ordinario (s. §. sq.) oder petitorio ein anderes ausgeführt haben wird, zu schützen, dem Beklagten auch alle weitere Störungen des Klägers bei ... Rthlr. Strafe *c*)

---

*a*) L. 1. pr. D. uti poss. *b*) Albert §. 165 – 168.

*c*) Oder als Caution verbis: . . . „zu schützen, Beklagter „auch zur Versicherung vor fernern Störungen eine Cau„tion von 100 Rthlr. durch tüchtige Bürger oder Pfand „aufrecht zu machen, und ausserdem für schuldig zu er„kennen ꝛc.“ Indessen ist die Commination einer fiskalischen Geldstrafe nach Befinden von 10, 20 ꝛc. Rthlrn, welche die Stelle der Caution vertritt, auch im Contraventionsfalle sofort festzusetzen und beizutreiben ist, un-

Digitized by Google

zu verbieten, und er für schuldig zu erkennen, den durch Zerstörung der Pflanzung und Cultur des Klägers verursachten Schaden nach vorgängiger Liquidation und erfolgter richterlicher Ermäßigung zu erstatten, auch die Kosten des Prozesses zu tragen,

keine Folge, sondern setzt seine Störungen fort, so wird die angedrohte Strafe festgesetzt, beigetrieben, und dem Widerspenstigen mit verdoppelter Strafe seine Ungebühr inhibirt.

## §. 56.

### II. Das Summarissimum; dessen ursprüngliche Idee und Tendenz *d*).

Einen zweifachen Besitzstreit, wovon der eine langsamer (possessorium ordinarium s. plenarium) und der andere geschwinder geht (summarium oder auch summarissimum) haben die Römer nicht gekannt, daher auch einen in Beziehung hierauf stattfindenden Unterschied zwischen possessorischen Klagen nicht. Gleichwohl haben die Reichsgesetze *e*) und der Gerichtsgebrauch

---

gleich zweckmäßiger als eine Caution, die nur zu Weitläufigkeiten und überflüssigen Erörterungen über die Tüchtigkeit des offerirten Cautionsmittels führt, und am Ende vielleicht gar nicht aufzubringen ist.

*d*) Savigny §. 51. Bayer's Theorie der summ. Prozesse (München 1830.) §. 65 ff.

*e*) R. A. de 1512. T. 4 §. 12.
K. G. O. de 1555. P. II. Tit. 21. §. 3. verbis: „ob auch in obberührtem Fall (der litigiosa possessio) die Parteien jetzt allbereits mit thätlicher Handlung gegen einander im Vorhaben, Uebung und procinctu stünden, also daß sogleich Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu

für die Fälle des streitigen Besitzes ein, übrigens schon einer ältern Praxis nicht unbekannt gewesenes eigenes Rechtsmittel, das s. g. Summariissimum, eingeführt, als ein Provisorium bis zur Entscheidung des mit dem interd. uti possidetis begonnenen Besitzstreits, um damit den nachtheiligen Folgen einer Besitzstreitigkeit bei deren längerer Dauer zu begegnen. Allerdings würde es befremdend, ja widersprechend erscheinen, wie eine länger fortgesetzte Praxis dieses possessorischen Prozesses, statt daß man davon mehr Uebung und deswegen mehr Fertigkeit in der schnellern Erledigung der Besitzfragen hätte erwarten sollen, gerade das Gegentheil wirken konnte, wüßte man nicht aus der Erfahrung, wie leicht eben gerade die Uebung sich zum Schlendrian neigt, der denn seine verderblichen Wirkungen in einer kraftlosen und verzögerlichen Geschäftsführung äussert. So wie man unter andern bei unserm Executivprozeß häufig die Wahrnehmung machen kann, daß selbiger einen mit seiner Institution unvereinbarlichen schleppenden Gang angenommen, so scheint es auch dem Besitzprozesse gegangen

---

besorgen; sollen der Kammerrichter und die Beisitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Partheyen, oder für sich ex officio die Possession zu sequestriren, oder aber der Quasi-Possession halber anstatt der Sequestration beiden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten, und alsbald darauf summarie ohne einen gerichtlichen Prozeß, oder andere weitläuftige Ausführung der Sache zu erkennen, welchem Theile die momentanea possessio vel quasi einzugeben; oder zu inhibiren sey, sich derselben bis zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens in possessorio oder petitorio zu enthalten, und so das beschehen, soll alsdann solches keinem Theile an seinem Inhaben oder Besitz im Rechte nachtheilig seyn.

zu seyn: man mußte, um den Nachtheilen der längern Dauer desselben vorzubeugen, besonders in der Zeit der dem kaum hergestellten Landfrieden in Deutschland drohenden Unruhen, dem schnellen Verfahren in possessorio mit einem noch schnellern zu Hülfe kommen. Dieß geschah denn durch das Summariissimum, dessen Zweck die Erhaltung der öffentlichen Ruhe gegen gewaltsame Unternehmungen aus Anlaß von Besitzstreitigkeiten war. Dadurch sollte nämlich zur Vorbeugung von Thätlichkeiten, besonders der schwerern Art mittelst Waffengewalt, bis zur rechtlichen Entscheidung der Frage: welchem von beiden um den Besitz streitenden Theilen der factische Besitz und noch mehr das Recht zu besitzen zustehe, nach Art einer polizeilichen Einschreitung, es sey nun auf Anrufen oder selbst von Amts wegen, durch den Richter ein Interimistikum regulirt werden. Der Richter sollte befugt seyn, den Gegenstand des eigentlichen Besitzes, also die körperliche Sache, zu sequestriren, bei Gerechtigkeiten oder Quasibesitzgegenständen aber beiden Theilen die Ausübung zu inhibiren; unmittelbar hernach aber sollte er ohne prozessualisches Verfahren erkennen, welchem Theile unbeschadet des Besitzrechts des andern die momentanea possessio vel quasi einzuräumen, bis im ordentlichen Besitzstreit oder auch im Petitorium der Prozeß ordnungsmäßig entschieden werden konnte. Das Verfahren war höchst summarisch, es genügten Gründe der Wahrscheinlichkeit statt strenger Beweise, weil nur momentan der Besitzstand geordnet wurde, also kein unwiederbringlicher Nachtheil für den rechtmäßigen Besitzer zu besorgen war *f*). Was hier

*f*) Summarium sagt: Gail in obs. c. I. obs. 7. ideo appellatum, quod absque tela judicii, et sine longo suffiamine litis, sola facti veritate probabiliter inspecta,

nach den Reichsgesetzen zunächst bloß den Reichsgerichten zur Norm vorgeschrieben, und hauptsächlich gegen Befehdungen und landfriedensbrecherische Gewaltthätigkeiten gerichtet war, wurde gemeine Praxis aller Gerichte in Deutschland, selbst wo bloße Thätlichkeiten unter den Streitenden, keineswegs aber die öffentliche Ruhe störende Gewaltthaten zu befürchten waren *g*).

## §. 57.

### Forts. Dessen Erfordernisse und heutige Anwendung.

Aus dem Bisherigen erhellet nun vor allem, daß das Summariissimum nur eine im Besitzprozeß vorkommende polizeilich-provisorische Maßregel ist, die bloß bei dem interd. retinendae poss. uti possidetis, und nur ausnahmsweise eintritt. Dieses Rechtsmittel macht also keine besondere possessorische Prozeßart aus; denn es gibt eigentlich nur Ein Possessorium, welches bei gestörtem Besitze mit dem int. uti poss., bei entzogenem aber mit einem int. recuperandae poss. eingeleitet wird, so wie es auch nur Einen Besitz gibt, und jeder Besitzer, wie auch der Rechtsgrund seines Besitzes beschaffen seyn mag, auf Schutz gegen Gewalt Anspruch

---

in eo celeriter et velo levato procedendum sit. Momentaneum vero dictum, quia sententia lata non perpetuum, sed momentaneum et reparabile praejudicium adfert, quod in ordinario possessorio restaurari queat. Proinde recte Interim, aut fiduciaria, vel depositaria possessio, aut provisionale remedium appellatur, et probationes imperfectae et semiplenae, quia modici praejudicii, recipiuntur.

*g*) Kind quaest. for. III. pag. 71. nota d. und die dort angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

hat. (§. 46. 8.) Auch der Interdictenbeſitz des Naturalbeſitzers iſt nicht anders modificirt als der des Civilbeſitzers. Daher bemerkt ſchon Böhmer *h*), daß das ordinarium poss. eben das int. uti poss. ſey, indem der Beſitzſtreit durch das Summariiſſimum nicht entſchieden, ſondern nur ſuſpendirt und vorbereitet werde, daß es daher contra juris rationem und gegen die Reichsgeſetze ſey, wenn man das Summariissimum ohne Unterſchied auch auſſer dem Fall einer beſorglichen Störung der öffentlichen Ruhe zulaſſe, wie gleichwohl in vielen Ländern geſchehe. Die Sentenz im Summariiſſimum ſey ein bloßes Interlocut, und es ſollte eigentlich, da der Beſitzſtreit noch nicht beendigt, dem Gegentheil, auch ohne von ihm erſt eine neue Klage abzuwarten, ſofort den Beweis des beſſern Beſitzes antreten zu dürfen geſtattet ſeyn.

Das Summariiſſimum ſetzt einen beſtrittenen und ungewiſſen Beſitz (litigiosa et dubia, — controversa, — possessio) voraus, folglich den Fall, wo, wie ſich die Kammerger. Ordn. ausdrückt, „zween oder mehr „ſtreitig werden um Poſſeſſion eines Guts oder Gerech„tigkeit, alſo daß ſich jeglicher für einen Be„ſitzer des ſtreitigen Guts ꝛc. hält.“ Es liegt wohl im Geiſte der Diſpoſition, daß es zugleich zweifelhaft und nicht ſofort auszumitteln ſeyn muß, wer eigentlich ſich im Beſitz befindet, weil beide Theile ſich berühmen, Beſitzhandlungen für ſich zu haben. Denn nur dadurch wird eigentlich der Beſitzſtreit kritiſch und verzögerlich, ſo daß deswegen, wenn das andere Erforderniß, Beſorgniß vor Gewaltthätigkeiten, eintritt, alsdann erſt das Proviſorium nothwendig erſcheint. Dieſer Fall kann beſonders da leicht eintreten, wo man von dem neueſten

*h*) de act. sect. II. c. 4. §. 14. 15.

Besitz eine längere Dauer fordert, als nach dem Begriff des momentanen Zustandes eigentlich seyn sollte. So läßt die bayerische Prozeßordnung *i*) ein possessorium momentaneum vel summariissimum nur für denjenigen gelten, welcher Jahr und Tag vor entstandener Irrung im ruhigen Besitze der strittigen Sache gewesen zu seyn beweisen kann *k*). Leicht begreiflich ist bei dieser längern Dauer zugleich die Möglichkeit von Zwischenfällen, die zu Controversen Anlaß geben, vergrößert. Ein Besitz, der einmal Jahr und Tag fortgesetzt worden, muß wenig gegen sich haben, wenn er ohne Beunruhigung geblieben seyn soll. Darum ist der Fall einer poss. controversa bei einer solchen Ausdehnung beinahe immer vorhanden.

Das Summariissimum findet überhaupt nur Anwendung, wo mit dem interd. uti possidetis geklagt worden, und dieses nicht sofort entschieden werden kann.

---

*i*) Cod. jud. cap. 3. §. 5.

*k*) Die preuß. G. O. kennt nur das Summariissimum, wenn jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhiget, oder wenn er dieses Besitzes neuerlich heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden; (also auch in causis recup. poss.) Dagegen soll in Ansehung der Instruction des Prozesses kein Unterschied weiter zwischen dem Petitorium und Possessorium Statt finden, sondern alle Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes, und der Frage des wirklichen Rechts gehören, sollen zugleich und in Einem Prozesse aufgenommen und untersucht, also auch in dem über das Recht abzufassenden Haupturtheil zugleich über die etwanigen Folgen des Besitzes, nach der verschiedenen Qualität desselben, erkannt werden. Allg. G. O. I. Tit. 5. §. 27. und Tit. 31. — Auch der revidirte Entw. der Civilprozeßordn. für Bayern nimmt nur Ein Possessorium an.

Digitized by Google

Denn nur hier läßt sich annehmen, daß es unter dem Vorwand der Vertheidigung des Besitzes zu bedenklichen Gewaltschritten kommen möchte, nicht in Fällen der Besitz-Entsetzung, wo das int. de vi oder die Spolienklage Statt findet, übrigens der Besitz factisch wenigstens feststeht. Zwar auch bei Spolienklagen kann es zur Selbsthülfe kommen, aber dieß ist überhaupt bei allen streitigen Rechten möglich, ohne daß deshalb allein immer eine provisorische Bestimmung zu rechtfertigen wäre *l*).

Nicht die Bequemlichkeit eines kürzern Verfahrens, dessen Anomalie nur die Noth rechtfertigen kann, sondern Gefahr der öffentlichen Ruhe motivirt dieses Auskunftsmittel *m*). Es wird indessen nicht gerade der Fall eines Aufruhrs oder Landfriedensbruchs durch Waffengewalt als Bedingung der Zulässigkeit des Summariissimum angenommen; auch besorgliche Excesse durch Thätlichkeiten, besonders wenn Mehrere in Streit sind, also namentlich bei Streitigkeiten über den gegenwärtigen Besitz unter Gemeinden, können dieses Provisorium rechtfertigen. Doch schreitet man nicht leicht zur Sequestration oder Inhibition, theils wegen der mit ersterer verbundenen Nachtheile *n*) theils weil das Verbot der Ausübung einer Gerechtigkeit selbst unter Strafandrohung nicht immer eine Versicherung gewährt, daß die streitenden Theile die richterlichen Strafbefehle gehörig achten werden, zumal wenn gewisse Gegenstände des Quasibesitzes z. B. eine nothwendige Weide, Tränke, Wegegerechtigkeit, von der Art sind, daß man sie oft selbst nicht auf kurze Zeit entbehren kann. Der zu rasch mit

*l*) v. Savigny §. 51. S. 585.

*m*) Boehmer l. c. §. 14.

*n*) Mev. P. V. Dec. 232. 233.

Digitized by Google

Inhibitionen verfahrende Richter kann es also leicht dahin bringen, daß die Parteien zwischen den nachtheiligen Folgen der gehinderten Ausübung des Besitzes und des Strafübels nicht lange wählen, sondern letzteres für das geringere Uebel halten. In Fällen dieser Art ist es immer rathsam, daß der Richter vor allen im Wege der gütlichen Vereinigung ein Provisorium zu erzielen sucht. Es kommt dabei freilich vornämlich auf zweckmäßige und also überhaupt annehmbare Vorschläge, besonders aber auch auf das Vertrauen der Parteien zu dem Richter bezüglich auf seine Einsichten, seine Unparteilichkeit und Wohlmeinung an. Schlägt aber der Versuch fehl, so ist eine interimistische Theilung des Besitzes der Sequestration oder Inhibition in der Regel vorzuziehen.

## §. 58.

### Das Verfahren dabei.

Wo nach Partikulargesetzen ein doppeltes Possessorium eingeführt ist, hat der im Besitz Gestörte, indem er mit dem int. uti poss. klagend auftritt, will er anders die Vortheile des Schutzes im gegenwärtigen Besitze sich sichern, aller Anführungen von Thatsachen, die auf sein Recht zu besitzen gehen, sich zu enthalten, oder selbige nur „pro coloranda possessione“ und mit Protestation zu allegiren. Bloß an dem Besitz und der Störung hat er fest zu halten, und den provisorischen Schutz ꝛc. zu beantragen. Schützt der Beklagte Einreden über die Qualität des Besitzes vor, die dahin gehen, daß der Kläger nicht civiliter besitze (§. 46. n. 7.) so hat der letztere replicando bei dem Grund seiner Klage zu beharren, und der Richter, der den Klaggrund erwiesen findet, erkennt, daß der Kläger im Besitze zu

schützen ꝛc., dem Beklagten aber das Weitere in poss. ord. oder petitorio auszuführen vorbestalten werde.

Vor allen dürfen Gerichte und Parteien nicht vergessen, was das Summariissimum eigentlich bedeuten soll. Leider sieht es hier in der Wirklichkeit oft anders aus als in der Theorie. Da in der Praxis gar vieles, wo nicht das Meiste von der Geschäftsgewandtheit, der Energie und dem guten Willen der Handelnden abhängt, so kann man in foro gar häufig die Wahrnehmung machen, daß von dem superlativen Ideal unseres Rechtsmittels nur der Name noch geblieben ist, weil es der Chikane der Parteien und Sachwalter gar leicht gemacht ist, die Absicht des Instituts zu vereiteln, und dem Summariissimum eine Dauer zu geben, deren sich manches Plenarium und Petitorium nicht schämen dürfte. Daß an diesem Irrsal auch unsere, vornämlich ältern practischen Schriftsteller, besonders auch unrichtige Anwendung der Regeln von der vitiosa possessio, Schuld tragen, hat schon der seel. Böhmer *o*) beklagt.

---

*o*) Dolendum est, plerumque per astutiam legulejorum haec duo remedia (summariissimum et ordinarium) ita distingui, ut vix amplius cognosci possit, summariissimum tantum praeparatorium esse; quod judex praecavere poterat et debebat. l. cit. §. 15.

Digitized by Google

# Drittes Kapitel.

## Schutz des Besitzes gegen Entsetzungen, oder Klagen auf Wiedererlangung des verlornen Besitzes.

### §. 59.

I. Das Interdictum unde vi *p*).

Bisher war von den Klagen gegen Störungen des Besitzes die Rede. Wird der Besitz durch widerrechtliche Thätigkeit eines Andern jemand gänzlich entzogen, es sey A) durch Gewalt, oder B) durch Vorenthaltung der bloß bittweise auf Widerruf eingeräumten Sache, so sind wegen Wiedererlangung des solchergestalt verlornen Besitzes dem Entsetzten (dejectus) eigene Klagen gegeben, und zwar ad A) bei unbeweglichen Sachen nach röm. Recht das interdictum de vi oder unde vi (nach den Anfangsworten des Befehls des Prätors: „unde tu illum vi dejecisti"), nach canon. Recht die Spolienklage, als ein erweitertes int. de vi, ad B) bei unbeweglichen sowohl als bei beweglichen Sachen das int. de precario *q*).

---

*p*) Tit. Dig. de vi et vi armata (43, 16.) Tit. C. unde vi (8, 4.) v. Savigny Besitz §. 40.

*q*) Da das remedium spolii auf unbewegliche und bewegliche Sachen geht, so scheint der Streit, ob das ältere Recht rücksichtlich der Beschränkung auf Immobilien durch die kaiserlichen Constitutionen aufgehoben worden (Savigny Seite 479) oder noch bestehe, (wie Thi-

Digitized by Google

Das int. de vi findet unter folgenden Voraussetzungen Statt, woraus — dem Plane dieser Abhandlung gemäß (§. 12.) — wiederum zugleich die gegen die Klage anwendbaren Einreden sich von selbst ergeben.

1) Der Kläger muß sich im Besitze befunden haben, gleichviel übrigens ob im Civil- oder bloß natürlichen Besitze, wenn nur der letztere ein juristischer ist *r*). Der bloße Detentor kann daher nicht selbst dieser Klage sich bedienen (§. 46. 9.), sondern es muß der Besitzer, dessen Stelle er vertritt, statt seiner klagend auftreten, oder den Detentor (der Verpächter also den Pächter, der Eigenthümer den Nutznießer) statt seiner zur Klagstellung beauftragen. Indessen nimmt man dieß (vielleicht weil das Interesse auf Seite des Pächters ꝛc. dringender ist, als auf Seite des Eigenthümers, vielleicht auch zur Vereinfachung des Verfahrens) in der Praxis so genau nicht, oder man betrachtet wenigstens den Pächter, Nutznießer ꝛc. als vermuthlich Bevollmächtigten. Für den abwesenden Eigenthümer kann der Pächter unbedenklich als vermutheter Mandatar klagend auftreten *s*). Ist dieser seiner Sache nicht gewiß oder macht der Beklagte dießfalls Einwendungen, oder solche, die den eigentlichen Besitzer angehen, so fordert der klagende Besitzrepräsentant seinen Auctor zu seiner Vertretung auf, und läßt ihn durch den Richter adcitiren, was er schon seines Regresses wegen nicht unterlassen darf.

2) Auf die Eigenschaft des Besitzes kommt nicht nur über-

---

baut im Archiv für civ. Praxis I. S. 105 ff. und Linde in der Zeitschr. I. S. 418 ff. behaupten) keinen practischen Nutzen zu haben.

*r*) L. 1. §. 9. 10. 22. 23. L. ult. D. de vi.

*s*) L. 1. C. si per vim (8, 5.)

Digitized by Google

überhaupt, sondern auch gegenüber dem Dejicienten nichts an. Auch derjenige, welcher bezüglich auf den beklagten Dejicienten fehlerhaft (vi, clam, precario) besitzt, kann sich des Interdicts bedienen (§. 46. 8.) *t*). Hier ist es also anders, wie bei bloßen Besitzstörungen, wo das int. retinendae voraussetzt, daß man nicht ab adversario vitiose besitzen dürfe *u*). Werde ich nämlich im Besitze gestört, und bediene mich des int. uti possidetis, der Beklagte schützt mir aber die Einrede vor, daß ich vi, clam oder precario von ihm selbst besitze, und dieser Einwand wird begründet gefunden, so verliere ich den Prozeß und muß dem Beklagten den Besitz einräumen. Denn der Beklagte hätte hier gegen mich selbst mit dem int. recuperandae klagend auftreten können, und es ist nur der Prozeßabkürzung wegen, daß seiner Einrede des fehlerhaften Besitzes die Kraft einer Klage beigelegt wird. Anders ist der Fall, wenn ich des Besitzes entsetzt werde. Denn wenn ich hier mit dem int. unde vi klagend auftrete, so hilft es dem Beklagten nichts, wenn er auch die Einrede, daß ich von ihm selbst fehlerhaft besitze, beweisen kann. Er hätte gegen mich klagen, sich aber nicht einer gewaltsamen Selbsthülfe bedienen und dadurch die öffentliche Ruhe, die hiebei besonders von den Gesetzen berücksichtigt worden, gefährden sollen. Denn die Gesetze nehmen an, daß die öffentliche Ruhe weniger unter einer Turbation des Besitzes, einer bloßen vis inquietativa, als unter einer Dejection als vis expulsiva leide *v*).

---

*t*) §. 6. J. de interdictis (4, 15.)

*u*) §. 4. J. de interdictis. L. 1. §. 9. D. uti poss. (43, 17.)

*v*) Albert über das int. uti possidetis §. 68. bis 77.

## §. 60.

### Fortsetzung.

3) Der Besitz muß verloren, dem Besitzer das Vermögen, auf die Sache nach Willkühr einzuwirken, gänzlich entzogen, derselbe also nicht bloß darin gestört seyn. Doch kann mit der Dejection in gewisser Beziehung eine Besitzstörung zusammentreffen. Werde ich des Besitzes eines Oeconomie-Gebäudes entsetzt, das zu meinem Landgute gehört, so werde ich zugleich im Besitz dieses Guts gestört, und ich kann nicht verhindert seyn, das interdictum retinendae mit dem int. recup. zu cumuliren, und meinen Klagantrag dahin zu richten:

> daß ich bei dem Besitze meines Guts zu schützen, dem Beklagten alle Störungen bei namhafter Strafe zu verbieten, insbesondere aber die ungesäumte Wiedereinräumung der sich angemaßten Scheune demselben zu befehlen.

Diese Einleitung ist in Ansehung des schleunigern Ganges des Verfahrens wichtig; ich kann hier des Summariissimums (§. 56.) mich bedienen, und daran kann mir, weil vielleicht die Aernte vor der Thüre ist, viel liegen, indeß ich mit dem int. de vi in possessorio ordinario Hülfe suchen müßte, mit andern Worten, auf eine provisorische Hülfe mir keine Rechnung machen dürfte. Diese verschiedene Rücksicht bezüglich auf gleichzeitige Störung und Entsetzung kann besonders bei dem Quasibesitz einer, den integrirenden Theil eines Hauptbesitzthums ausmachenden Gerechtigkeit eintreten. Wenn mir mein Wasserschöpfrad zerstört wird, vermittelst dessen ich meine Wiesen aus dem Flusse zu bewässern das Recht habe, so werde ich aus dem Besitz der Maschine und damit zugleich aus dem Quasibesitz der Gerechtigkeit gesetzt, da ich nur mittelst des Schöpfrades wässern kann;

Digitized by Google

ich werde aber auch im Besitze meiner Wiesen gestört, weil ich sie nun nicht mehr zu wässern im Stande bin.

4) Die Entziehung des Besitzes muß gewaltsam geschehen seyn, und zwar nicht bloß mit jeder, auch eine Besitzstörungsklage begründenden Gewalt, wohin jede Eigenmacht gehört (§. 54.), sondern mit einer besonders qualificirten, welche die Gesetze mit dem Ausdruck vis atrox bezeichnen *w*). Man versteht darunter eine solche, die in der Richtung auf die Person des Besitzers oder seines Stellvertreters verübt wird *x*). Zum Daseyn dieser Gewalt gehört übrigens nicht, daß sie gerade in einer persönlichen Vergewaltigung, in einer Thätlichkeit an der Person, die zu einer Realinjurie sich eignet, besteht. Man braucht somit nicht eben den Besitzer an der Brust zu packen und aus dem Hause hinauszuwerfen; es genügt schon jede Handlung, wodurch bei demselben die Möglichkeit der körperlichen Einwirkung auf die Sache, also die Bedingung jedes Besitzes, aufgehoben wird. Gewalt an der Person ist daher begangen, wenn der Beklagte in meiner Abwesenheit meine Wohnung eingenommen hat, und mich dadurch verhindert, wie vorher meines Hausrechts mich zu bedienen. Auch die bloße Drohung einer Gewalt, wenn der Besitzer aus gegründeter Furcht vor derselben nachgegeben hat, gilt für eine vis atrox; nur muß die Gefahr eine gegenwärtige und dringende, keine zukünftige oder leicht zu beseitigende seyn. Wehrt mir also der Dejicient den Eintritt in meine Wohnung mit einer geladenen Pistole in der Hand, so brauche ich es nicht auf die Realisirung der Drohung ankommen zu lassen, um über Gewalt zu klagen, wohl aber, wenn er erklärt, er wolle mich

*w*) L. 1. §. 3. h. t.

*x*) Savigny §. 40. S. 467.

hinauswerfen; denn hier kann und muß ich es wohl darauf ankommen lassen, ob er wirklich Hand an mich legt, sich nicht vielmehr eines Bessern besinnt, wenn er sieht, daß ich Herz habe. Uebrigens kommt hiebei natürlich vieles auf die Persönlichkeit des bedrohten Individuums an. Bei einer Wöchnerin, überhaupt in der Regel wenigstens bei einer Frauensperson, bei einem schwachen Greise kann eine Handlung eine vis atrox seyn, die man einem vir constans als solche nicht gelten lassen dürfte.

5) War der Besitzer durch Furcht, gesetzt daß diese auch eine Wirkung der verübten Gewalt gewesen, dahin gebracht worden, die Sache dem Andern zu überlassen, also zu tradiren (§. 46. 16.) so mag er zwar der actio quod metus sich bedienen, das Interdict kann er nicht anstellen *y*).

6) Wenn der mit Gewalt Entsetzte den Besitz auf der Stelle („illico, confestim, non ex intervallo") auch mit Gewalt reoccupirt, was ihm sowohl bei dem Besitze körperlicher Sachen als bei dem Quasibesitze persönlicher und solcher dinglicher Servituten, die mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, gestattet ist (§. 46. 8. §. 47. 2.) *z*) so wird er als nicht entsetzt, also auch keine doppelte Dejection angenommen *a*). Die Folge dieses Satzes ist sehr wichtig. Eine Redejection, die auf der Stelle, es sey nun von mir selbst, oder in meiner Abwesenheit durch meine Leute, oder auch alsbald nach meiner Rückkehr von mir selbst

---

*y*) L. 9. pr. quod metus (4, 2.) L. 5. de vi. — — quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

*z*) Vim vi repellere licet. L. 1. §. 27. h. t.

*a*) L. 3. §. 9. L. 17. eod. Savigny S. 472.

Digitized by Google

geschieht, wird als bloße Erhaltungsmaßregel, wodurch der Besitz gegen Störungen behauptet wird, angenommen. Der Rejectus gilt bloß als Störer, der keinen Besitz erworben hat; er kann folglich auch gegen den dejectus und Rejicienten nicht des int. unde vi sich bedienen, wie er ausserdem, selbst des vitiosen Besitzes ungeachtet, befugt wäre (num. 2.) Es folgt aber auch daraus, daß wenn ich den gewaltsamen Besitzoccupanten erst nach einigem Zeitverlauf, nachdem ich von der Entsetzung Kenntniß erlangt, gewaltsam wieder entsetze, ihm seines fehlerhaften Besitzes ungeachtet das Interdict zusteht; denn ich habe einmal den Besitz verloren und darf mich keiner Selbsthülfe bedienen.

7) Der abwesende Besitzer eines Immobile setzt, so lange bei ihm die Möglichkeit einer willkührlichen Einwirkung auf die Sache, wenn schon eben der Entfernung wegen in vermindertem Maße, nicht aufgehoben ist, den Besitz solo animo fort. (§. 46. 15.) Findet er sich also bei seiner Rückkehr factisch entsetzt, so kann er den Dejicienten sofort austreiben, und die Wirkung ist die nämliche, als wenn er ihn gegenwärtig, in continenti mit Gewalt wieder dejicirt und so sein Vertheidigungsrecht ausgeübt hätte; denn er hat den Besitz durch Dejection nicht verloren (num. 6.)

8) Das int. de vi steht dem Erben des Besitzers, gegen den Erben des Dejicienten aber nur in so weit zu, als diesem durch die Besitzentsetzung ein Vortheil zugegangen ist (in id quod ad eum pervenit) *b*) oder ohne dolus von seiner Seite zugegangen seyn würde *c*). Gegen einen successor singularis z. B. den Käufer des Hauses, aus welchem die Dejection geschehen ist *d*)

*b*) L. 1. §. 48. L. 3. pr. L. 9. pr. h. t. *c*) L. 2. h. t.
*d*) L. 3. §. 10. uti possidetis (43, 17.)

findet es nicht Anwendung; auch nicht gegen einen dritten Besitzer der Sache, wenn dieser sie auch von dem Dejicienten bekommen, ja selbst wenn er wußte, wie der Besitz seines Vorgängers entstanden *e*).

9) Der Zweck der Klage ist vollständige Restitution des Entsetzten. Er muß wieder in die Lage versetzt werden, in der er sich vor der Entsetzung befunden. Dieß erstreckt sich nicht bloß auf die von dem Kläger früher besessene Sache selbst sammt Zugehör, sondern auch auf alle bei der unbeweglichen Sache etwa befindlichen beweglichen Sachen, gesetzt daß letztere der Entsetzte auch nicht juristisch besessen hätte; ferner auf alle Früchte, welche von dem Augenblicke der Dejection an zu berechnen sind, und zwar percepti sowohl als percipiendi, überhaupt auf das volle Interesse; der Entsetzte muß mit einem Worte cum omni causa, wie man sagt, restituirt werden *f*). Selbst für solche Beschädigungen, welche nach der Entsetzung ohne Schuld des Beklagten entstanden, muß derselbe haften, vorausgesetzt daß die Beschädigung ohne die Entsetzung nicht Statt gefunden haben würde *g*).

## §. 61.

### Fortsetzung.

10) Es kommt nicht darauf an, ob der Dejicient sich noch im Besitze der occupirten Sache und der daraus für ihn entstandenen oder dem Entsetzten entzogenen Vortheile befindet, oder diese ihm von einem Andern als

*e*) L. 3. §. 10. uti possid.

*f*) L. 1. §. 34. 40. 41. L. 19. h. t. L. 4. L. 9. C. unde vi. (8, 4.)

*g*) L. 1. §. 35. h. t. L. 14. §. 11. quod metus. (4, 2.)

Digitized by Google

dem Kläger, als rechtmäßigem Besitzer, entzogen worden sind. Der Entsetzte hält sich der Restitution wegen lediglich an den Entsetzenden *h*), der den Besitz oder den Werth erstatten muß. Doch kommt es hiebei nur auf den Werth des Besitzes, nicht der Sache d. h. nicht auf den Eigenthumswerth an *i*). Ist der wirkliche Verlust der Sache und deren Werth nicht auszumitteln, so wird der Kläger zur eidlichen Bestärkung (juramentum zenonianum) *k*) zugelassen; doch setzt rücksichtlich des Werths der Richter ein Maximum fest, welches der Kläger beim Schwur nicht überschreiten darf. Dieser Eid geht also nicht bloß auf den Werth des durch die Thathandlung verlornen Besitzes, sondern in odium violentiae, bei Ermangelung anderer Beweismittel, auch auf den Verlust der Sache selbst, mithin sowohl auf den Schaden als auf dessen Betrag *l*).

---

*h*) L. 1. §. 36. 42. L. 7. h. t.

*i*) Savigny Seite 487. N. 1.

*k*) L. 9. C. unde vi (8, 4.)

*l*) c. fin. X. de his, quae vi metusve causa (1, 40.) Donell. comm. L. XXVI. cap. 6. Glück's Comm. XII. §. 819. Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 366.

Dagegen hat v. Savigny in der neuesten Ausgabe seines Rechts des Besitzes Seite 491. Note 1. seine beistimmende frühere Meinung dahin abgeändert, daß der Eid hier von dem gewöhnlichen juramentum in litem nicht verschieden sey, indem es auch hier nur auf die eidliche Erhärtung des Werths ankomme, da die Dejection aus dem Grundstück als der eigentliche Klaggrund auch hier schon anderwärts bewiesen seyn müsse, und wenn nun der Verlust beweglicher Sachen beschworen werde, dieser Eid doch lediglich die Größe des Schadens, der aus der Dejection entstanden ist, betreffe. — Allein dagegen läßt sich erinnern: das Factum der Dejection

Digitized by Google

11) Das Interdict dauert nur ein Jahr, welches aber ein annus utilis ist *m*); nach Ablauf eines Jahrs

---

und damit der Klaggrund kann immerhin erwiesen und doch das, was eben durch den zenon. Eid dargethan werden soll, nämlich ausser dem Werth auch der Verlust (die Dejection in Ansehung dieser oder jener bestimmten Sache) noch zweifelhaft seyn. Gesetzt der Beklagte hätte in meiner Abwesenheit meine Wohnung gewaltsam eingenommen und meine Habseligkeiten herausgeworfen und dabei wäre mir, — wie ich behaupte, was aber niemand weiß, — ein Brillantring von 200 fl. im Werth abhanden gekommen. Hier muß mein Eid, wodurch ich die Größe meines Schadens (mit Inbegriff dieses Rings auf 300 fl.) erhärte, seinem Umfang und seiner Bedeutung nach doch wohl weiter gehen als das gewöhnliche Juramentum in litem, wenn der Beklagte nicht mit der Einrede gehört werden soll, daß ich einen solchen Ring gar nicht besessen. Daß ich Verlust bei der Dejection gehabt, mag immer nicht zu bestreiten seyn; aber daß ich den Ring besessen, das eben folgt doch noch keineswegs aus der Entsetzung aus meiner Wohnung und der Annahme einer Beschädigung überhaupt, d. h. aus dem Beweise meines Klaggrundes, also daß ich bloß die Größe des Schadens zu beschwören brauchte. Nur eine besondere gesetzliche Sanction, nämlich der zen. Eid beseitigt den Zweifel über die Existenz der verlornen Stücke zur Strafe der verübten Gewaltthätigkeit. Ist das aber die Bedeutung des Eides, daß ich Verlust und Werth in meine eidliche Schadensbestimmung (den Verlust in Ermangelung anderer Beweise) aufnehmen darf, wie es wirklich zugegeben wird, so scheint die Annahme, daß das Jusjurandum zenon. nur eine Anwendung des gewöhnlichen Würderungseides auf die Schadensbestimmung sey, mit der einen Hand wieder zu geben, was sie mit der andern genommen, und die verschiedene Ansicht also keine practische Bedeutung zu haben.

*m*) L. 1. §. 30. de vi.

Digitized by Google

kann der Beklagte nur in id quod ad eum pervenit belangt werden *n*).

12) Man gibt auch *o*) dem Beklagten die exceptio pacti: „daß er sich nicht mit Gewalt, sondern vermöge eines Vertrags die Sache eigenmächtig zugeeignet habe." Abgesehen davon, daß diese Einrede, sofern sie eine negative Litiscontestation ist (eine Vermengung die dem seel. Schmidt häufig begegnet) unrichtig angewandt ist, so widerspricht sie auch geradezu, sofern von einem Vertrag vor der gewaltthätigen Entsetzung die Rede ist (denn nachher können sich die Interessenten vergleichen wie sie wollen) der gesetzlichen Bestimmung l. 27. §. 4. de pactis (2, 14.) weil ein solcher Vertrag eine turpis causa zum Gegenstand hat. Daher gewährt zwar das pactum de ingrediendo dem Gläubiger die Befugniß, sich einseitig in den Besitz des Pfandes zu setzen; widersetzt sich aber der Schuldner, so muß der Gläubiger mittelst des int. salviani zur Erlangung seines Pfandes richterliche Hülfe suchen *p*), welche Bewandtniß es auch mit der deutschrechtlichen Pfandungsclausel „mit oder ohne Recht" hat. Denn wenn deren Wirkung gleich durch die Reichsgesetze nicht aufgehoben worden ist, so will man doch nach der Praxis auch hier keine Eigenmacht zulassen *q*). Von dem noch in Gebrauch sich erhaltenen deutschrechtlichen Pfändungsrecht wird im IV. Abschn. die Rede seyn.

---

*n*) L. 1. pr. de vi L. 7. §. 5. comm. divid. (10, 3.) Savigny S. 497.

*o*) Schmidt von Klagen §. 211.

*p*) Thibaut System §. 665.

*q*) Eichhorn Einleit. in das d. P. R. §. 121. Strube's rechtl. Bed. II. n. 32.

Digitized by Google

Aus dem (num. 9.) angegebenen Zweck ergibt sich das Klagpetitum von selbst:

daß mir der Beklagte den gewaltsam entzogenen Besitz der Sache sammt Zugehör (nach Gelegenheit die dabei befindlich gewesenen beweglichen Gegenstände) nebst allen Früchten und Nutzungen wieder einzuräumen und herauszugeben, und mich überhaupt vollständig schadlos zu halten schuldig.

## §. 62.

### II. Die Spolienklage r).

Die Spolienklage und sofern sie auch als Einrede geltend gemacht werden kann, überhaupt das remedium spolii hat in dem päpstlichen Recht, besonders in einer Stelle des gratianischen Decrets (can. 3. C. 3. quaest. 1.) die mit den Worten: redintegranda sunt omnia exspoliatis anfängt, — weshalb dieses ausserordentliche Mittel auch mit dem Namen des remedium ex canone redintegranda bezeichnet wird, — seinen Ursprung und in dem Gerichtsgebrauch seine weitere Ausbildung gefunden, und es hat ihm die Praxis mehrere vermeinte Vorzüge vor dem interdictum de vi beigelegt. Es sind nämlich nach der Meinung, besonders der ältern Practiker, folgende neue Sätze in die Lehre vom Besitz eingeführt, und dadurch das römische Recht in der Materie von den interd. recuperandae wesentlich geändert worden: 1) das Klagrecht in Spoliensachen soll ohne alle Rücksicht auf juristischen Besitz des Klägers, 2) auch bei beweglichen, ingleichen 3) bei unkörperlichen Sachen, 4) nicht allein bei gewaltsamen Verletzungen des Besitzes, sondern auch

r) Boehmer jus eccl. prot. Lib. II. Tit. 13. besonders aber v. Savigny Recht des Besitzes §. 50.

bei jedem Verluste desselben ohne rechtlichen Grund 5) auch gegen jeden dritten Besitzer, endlich 6) ohne Beschränkung auf ein Jahr gelten.

Durch diese Theorie wäre also ein ganz neues possessorisches Klagrecht entstanden und das römische Recht in dieser Materie beinahe entbehrlich geworden. Allein schon Böhmer a. a. O. und besonders v. Savigny haben diesen Irrthum zur Genüge aufgedeckt, und gezeigt, daß das canonische Recht überhaupt nichts weniger als die Einführung eines neuen Klagrechts beabsichtete, sondern vielmehr dasselbe als in dem römischen int. de vi schon vorhanden, voraussetzt. Die fehlerhafte ältere Praxis habe ihren Grund darin, daß man ohne gründliche Kenntniß des römischen Rechts vom Besitz in vielen Fällen des verlornen Besitzes, in welchen eine vollständige Einsicht in das R. R. das Klagrecht dargeboten haben würde, ein solches vermißte und deshalb es denn am bequemsten fand, ein neues Rechtsmittel auszusinnen, das durch seine Allgemeinheit und Unbestimmtheit recht geschickt war, der mühsamen Kenntniß des R. R. zu überheben *).

Was die Unerfindlichkeit der angegebenen Abweichungen des canonischen von dem römischen Recht ad 1—4. dann 6. anlangt, so wird hier bloß auf die Ausführung Savigny's verwiesen, wornach sich eine Verschiedenheit nur in Ansehung des 5. Punkts als begründet annehmen läßt, daß nämlich die Spolienklage auch gegen einen dritten Besitzer Anwendung findet, und sich somit eigentlich zwei Neuerungen ergeben, die eine bezüglich auf das Klagrecht, die andere daß eine Einrede eigener Art durch das can. Recht begründet ist. I. Das R. R. läßt nämlich die Klage gegen einen

*) v. Savigny S. 575.

Dritten, wenn er auch von der spoliativen Erwerbung seines Auctors Kenntniß hatte, sofern er nur nicht selbst an der gewaltthätigen Besitznahme Theil nahm, nicht zu, wohl aber das can. Recht *t*). Die ältere Praxis gestattete sogar die Spolienklage gegen den in bona fide sich befindenden dritten Besitzer; der heutige Gerichtsgebrauch hat aber diese Abnormität verworfen *u*). II. Die zweite Neuerung betrifft die Anwendung der can. Rechtssätze für den Beklagten als Einrede oder die exceptio spolii, welche durch c. 2. X. de ordine cogn. (2, 10.) und c. 1. de restit. spol. in 6to gesetzlich begründet ist. Kraft dieser Einrede kann nämlich der Spoliirte alle Klagen des Spolianten (nicht eines dritten redlichen Besitzers) *v*) abwehren bis er völlig restituirt ist, und diese dilatorische Einrede ist dergestalt privilegirt, daß der Beklagte sich auch nicht eventualiter auf die Klage einzulassen schuldig ist. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Punkt der Exception mit dem Gegenstande der Klage Connexität hat oder nicht; denn es ist überhaupt in odium spoliatoris gesetzlich erlaubt, ein Spolium klag- oder vertheidigungsweise geltend zu machen *w*). Wenn gesagt wird, daß die exc. spolii „allen Klagen" entgegengesetzt werden könne, so muß man in Beziehung auf das int. de vi, wenn dieses die angestellte Klage ist, unterscheiden *x*): A) Klage und Exception haben ver-

*t*) c. 18. X. de restit. spoliat. (2, 13.)

*u*) Schmidt von Klagen §. 215. Noten. (der 8. Ausgabe) und die dort angeführten Schriftsteller, unter welchen aber Bochmer de actionibus mit Unrecht als der ältern Meinung zugethan angeführt wird.

*v*) Boehmer J. E. P. L. II. tit. 13. §. 16.

*w*) Idem l. c. §. 15.

*x*) v. Savigny S. 578.

schiedene Gegenstände; hier ist die Exception wirksam. Bringt der Beklagte seine Einrede als Reconvention ebenfalls in der Form des Interdicts vor, so wird die Klage und Wiederklage simultan verhandelt und entschieden. B) Klage und Exception gehen auf einen und denselben Gegenstand. Hier ist die exc. spolii als dilatorische Einrede undenkbar, als peremtorische aber kann sie weder nach dem römischen, noch nach dem canonischen Rechte gebraucht werden, theils weil sie nach letzterem nur als dilatorische gelten soll, theils nach dem Grundsatz oben §. 46. 8.

Also unterscheidet sich die Spolien-Klage von dem int. unde vi nur in einem Punkte, nämlich daß sie auch gegen den dritten Besitzer geht. Wir haben folglich nur eine Besitzentsetzungs-Klage, die man übrigens das int. unde vi mit der bemerkten Erweiterung, oder die Spolienklage nennen mag.

## §. 63.

### III. Das Int. de precario y).

Unter die verschiedenen Formen der Besitzrechtsverletzung, aus welcher eine durch ein Interdict verfolgbare Obligation entsteht, gehört auch der Mißbrauch eines Precariums. Dieser besteht darin, daß der bittweise Besitzende (precario rogans) d. h. Der, dem eine Sache zum Gebrauch oder ein Recht zur Ausübung nur mit Vorbehalt der Zurücknahme nach Willkühr unentgeldlich eingeräumt worden, sich weigert, nach dem Verlangen des Gebers die Sache zurückzugeben oder der Ausübung des Rechts sich zu enthalten. Denn es ist

y) Tit. D. de precario (43, 26.) C. eod. (8, 9.) v. Savigny Besitz §. 42.

Digitized by Google

der Wirkung nach eben so unrechtlich, den guten Willen eines Andern zu mißbrauchen, als ihm das Seinige mit Gewalt zu nehmen. Ein Precarium kann sowohl für sich selbst bestehen, als einem andern Geschäfte beigefügt, und im letztern Falle gewisse Modificationen der aus dem Geschäft selbst entstehenden Rechte damit bezielt werden *z*). Der Käufer einer Sache kann, wenn er das Kaufgeld berichtigt hat, die Uebergabe, der Faustpfandgläubiger kann die Auslieferung des Pfandes fordern. Aber der Käufer, der Gläubiger können, jener dem Verkäufer, dieser dem Schuldner die Sache vorläufig im Besitz lassen, bis sie die Uebergabe besonders verlangen. Offenbar besitzen hier der Verkäufer und der Schuldner nur precario, denn die Ablieferung der Sache stündlich zu fordern, hängt von der Willkühr des Käufers und des Gläubigers ab. Der Name precarium ist dadurch entstanden, daß dasselbe gewöhnlich durch eine Bitte veranlaßt wird; doch ist diese keine nothwendige Bedingung *a*) und es ist eine auch ohne solche Bitte, ja selbst eine stillschweigends gegebene Erlaubniß hinreichend, wenn nur, als worauf das Wesen der Sache allein beruht, die Befugniß der willkührlichen Zurücknahme von Seiten des Gebers *b*) ausser Zweifel ist.

---

*z*) L. 20. D. h. t.

*a*) L. 4. §. 2. L. 6. §. 1. h. t.

*b*) Deswegen hat in Sachen eines Gutsherrn contra fiscum, als dieser ein Holzungsrecht der gutsherrlichen Bauern als angebliches Precarium (der Lehenbrief auf den sich der Fiscus berief, enthielt: „die Leute zu Sarow sol„len holzen in unsern (des Landesherrn) Wäldern gleich „Unsern Leuten und ob seine (des Vasallen) Leute bauen „wollten im Dorf, denen wollen Wir Zimmerholz geben „nach Unserer Willkühr, wenn sie Uns darum bitten wer-

Nach dem römischen Recht wirkt das Precarium unter den Interessenten kein Vertragsverhältniß; es wird von Seiten des Gebers bloß als eine unverbindliche, dem Empfänger also kein Recht gewährende Gefälligkeit, als Handlung der Freigebigkeit angesehen c). Daher war auch die zur Beschränkung eines Contracts sonst stattfindende exc. pacti unzulässig und die willkührliche

---

„den.") nicht mehr gestatten wollte, das Kammergericht zu Berlin am 30. Juni 1788. (also zu einer Zeit, wo noch das römische Recht in Preußen galt) wider den Fiscus erkannt und das Obertribunal diese Entscheidung bestätigt; rationibus: weil der Umstand, daß Bitten vorhergegangen oder noch ergehen müssen, noch kein Precarium begründe, vielmehr dazu gehöre, daß dem Theile, welcher etwas zu leisten übernommen, die Befugniß eingeräumt sey, das Geforderte oder Gebetene zu leisten oder nicht zu leisten; das Geschäft müsse also auf einseitigen Widerruf gestellt seyn. Wenn nun gleich fiscus dafürhalte, daß dieß in dem Ausdruck „nach Unserer Willkühr" enthalten sey, so beziehe sich doch dieser Ausdruck nicht auf das eingeräumte Holzungsrecht selbst (weil sonst dem Vasallen im Grunde nichts verliehen seyn würde, welches bei einem Lehenbrief nicht angenommen werden könne), sondern nur auf die Gattung des Bauholzes und auf die in jedem Falle erforderliche landesherrliche Bewilligung und Anweisung. Uebrigens folge daraus, daß dem einen Theile das Bitten zur Pflicht gemacht worden, noch nicht, daß der andere keine Pflicht habe, die Bitte zu erfüllen, so wenig der Lehenherr die Belehnung deswegen versagen dürfe, weil der Vasall darum zu bitten verpflichtet sey. Auch habe fiscus nicht anführen können, daß er jemals das Recht ausgeübt habe, das erbetene Bauholz zu versagen. — Klein's Annalen VI. Bd. S. 179.

c) Magis ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. L. 14. h. t.

Digitized by Google

Zurückforderung ſelbſt dann nicht ausgeſchloſſen, wenn der Concedent dieſer Befugniß entſagt haben ſollte *d*). Indeſſen kann nach heutigem Recht, wo alle pacta verbindliche Kraft haben, der Zurückforderung eines auf eine beſtimmte Zeit gegebenen Precariums vor Ablauf dieſer Zeit mit der Einrede des Vertrags begegnet werden; das Geſchäft nimmt dann dadurch die Natur eines Commodats an *e*). Der Empfänger wird juriſtiſcher Beſitzer, ſofern ihm nicht ausdrücklich bloß die Detention übertragen worden iſt. (§. 46. 12.) Er tritt, ſobald er das Recht des Widerrufs nicht anerkennt, in das Verhältniß eines vitioſen Beſitzers, nämlich gegenüber dem Concedenten, da ein Dritter das Precarium nicht zur Rechtfertigung einer Störung oder Beſitzentſetzung anführen kann (§. 46. 8.) Die Verbindlichkeit, welche den Gegenſtand dieſes Interdicts ausmacht, geht auf Reſtitution der Sache *f*), nicht auf den Erſatz ihres Werths im Fall ſie verloren oder verdorben iſt, es wäre denn Vorſatz oder grobe Fahrläſſigkeit des Beklagten daran ſchuld *g*). Den Beweis der Einrede, daß die Sache ohne ſein Verſchulden verloren oder beſchädigt worden,

*d*) L. 12. pr. D. de precario.

*e*) Thibaut's P. R. §. 898. — Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 342. 386. (ed. III.)

*f*) Nämlich ſo weit von einer körperlichen Sache die Rede iſt. Denn wenn gleich das habere precario, von jedem jus in re, mithin auch von einer ſ. g. Gerechtigkeit gilt, ſo kann doch hier nicht von einer eigentlichen Reſtitution die Rede ſeyn. Savigny Seite 538. Note 2. — Das Klagpetitum kann daher hier nur auf Aufgebung des precario geſtatteten Quaſibeſitzes, alſo auf Unterlaſſung des Gebrauchs gehen z. B. des Weidganges.

*g*) L. 2. pr. L. 8. §. 6. h. t.

Digitized by Google

worden, muß der Beklagte führen *h*). Nach angestellter Klage haftet derselbe für jede culpa, so wie auch für die Früchte. Besondere Exceptionen gegen dieses Interdict gibt es nicht, namentlich keine, die sich auf Verjährung gründet; nur wenn nach verweigerter Restitution der Besitz noch 30 Jahre fortgesetzt worden, tritt die allgemeine Verjährung ein *i*).

Mit dem Tode des Empfängers erlischt das Precarium; denn die dasselbe motivirende Gesinnung des Gebers ist unvererblich: dagegen entsteht durch den Tod des Gebers an und für sich keine Veränderung. Ein bei dessen Lebzeiten nicht widerrufenes Precarium hört also nur erst mit dem erklärten Widerrufe seiner Erben auf *k*). Weigern die Erben des Empfängers sich alsdann der Rückgabe, so findet gegen sie das Interdict mit voller Wirkung Anwendung. Für den Dolus ihres Erblassers haften sie nur soweit, als sie davon Vortheil gezogen *l*). Statt des Interdicts findet auch die actio praescriptis verbis oder die condictio incerti Anwendung, und sie ist vortheilhaft besonders dann, wenn über die Qualität des Precariums Zweifel seyn sollte *m*). Nach diesen Grundsätzen vom Precarium muß die im gewöhnlichen Leben häufiger als die Klage ex precario selbst vorkommende exc. precarii beurtheilt werden. Dieselbe ist besonders bei Servitutklagen, wo sich der Kläger auf einen rechtsverjährten Besitz beruft, sehr gewöhnlich: „Ich kann nicht läugnen, daß er die „Fuhre über meinen Acker die angegebene Zeit hindurch „ausgeübt, aber er hat kein Recht dazu; ich und mein

*h*) Schmidt von Klagen §. 200. Glück's Commentar IV. S. 361. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung Num. VI. §. 21. S. 248 ff.

*i*) Savigny Seite 513.

*k*) L. 12. §. 1. h. t.

*l*) L. 8. §. 8. h. t.

*m*) L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. eod.

„Vater haben sie ihm bloß aus Nachbarlichkeit und gu„tem Willen gestattet.“ Bedeutet diese Einrede nichts weiter, als daß der Beklagte und seine Vorbesitzer die Ausübung der Servitut nicht gehindert haben, sondern sie geschehen ließen, es sey nun, weil sie mit dem Nachbar keinen Streit anfangen oder sich gegen ihn gefällig beweisen wollten, oder auch wohl in Meinung einer rechtlichen Verpflichtung, so ist diese Einrede ohne alle rechtliche Wirkung. Denn eben durch dieses Benehmen können unter übrigens gleichen Umständen nach dem gesetzlichen Zeitablauf Rechte verloren gehen, und man fragt dann nicht weiter, was den zu Verlust Kommenden bewogen hat, sein Recht nicht gehörig geltend zu machen.

## §. 64.

### Ueber die Strafen der Selbsthülfe und deren heutige Anwendbarkeit *n*).

Wer sich gegen das Besitzrecht eines Andern, selbst zur Verfolgung eines vermeinten Rechts, gewaltthätige Handlungen erlaubt, überhaupt wer statt der geordneten Staatshülfe der Selbsthülfe sich bedient und dadurch, sey es auch ohne eine Gewalt schwererer Art (vis atrox, wie sie das int. de vi voraussetzt — §. 60. —) seinen Gegner zur Abtretung einer Sache oder zu einer Leistung wider seinen Willen mit Umgehung der richterlichen Hülfe nöthigt, hat nach R. R. nicht nur eine öffentliche Strafe, sondern auch noch eine Privatstrafe zum Besten seines Gegners verwirkt. Diese Privatstrafe ist nach Umständen eine poena privationis oder aesti-

*n*) J. H. Boehmer in exerc. ad pand. Tom. II. exerc. 23. und besonders Linde's Beiträge zur Lehre über die Selbsthülfe in der Zeitschrift f. Civilr. und Prozeß I. S. 392.

Digitized by Google

mationis rei, sie besteht nämlich im Verluste des eigenmächtig ohne Richter und Recht geltend gemachten Anspruchs: der Excedent verliert das sich gewaltsam angemaßte Eigenthum, die Forderung, das Klagrecht *o*), und wenn ihm der Anspruch nicht zusteht, muß er den Werth als Strafe entrichten *p*). Auch die ungebührliche Vorenthaltung einer fremden Sache trifft diese Ahndung. So soll der als Pächter oder precario Besitzende, wenn er den Eigenthümer im Prozeß hinhält und es erst auf richterliche Entscheidung ankommen läßt, ausser der Erstattung der vorenthaltenen Sache, gleich einem „invasor alienae possessionis" den Werth der Sache an den Gegner als Strafe entrichten *q*).

Daß eine öffentliche Strafe auch nach heutiger Strafrechtsverfassung auf die Selbsthülfe folgt, ist eine ausgemachte Sache. Was dagegen die Privatstrafen des R. R. betrifft, so sind selbige zwar im canonischen Recht nicht aufgehoben, vielmehr bestätigt *r*), auch von den Reichsgesetzen in gewisser Maße wenigstens, nämlich in Sachen „die den Friedbruch mit belangen" sanctionirt *s*). Indessen wird gleichwohl die Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen in unsern Gerichtshöfen bestritten, und man hat für diese Ansicht besonders die unangemessene Härte der römischen Strafbestimmungen selbst, aber auch die eigenthümlichen Verhältnisse des

---

*o*) L. 7. C. unde vi (8, 4.) §. 6. J. de interd. (4, 15.) L. 12. § 2. L. 13. D. quod metus causa (4, 2.) L. 7. ad L. Jul. de vi privata (48, 7.) L. 6. C. unde vi.

*p*) L. 4. C. fin. regund. (3, 39.)

*q*) L. 34. C. de locato (4, 65.)

*r*) c. 18. de praebendis in 6to (3, 4.) c. 42. X. de appellat. (2, 28.)

*s*) K. G. O. de 1521. Tit. 32. §. 2. Bestätigt auch durch den R. A. de 1532. Tit. 3. §. 15.



Digitized by Google

öffentlichen und Privatlebens der Römer gegenüber den eigenthümlich deutschen Gewohnheiten, endlich selbst das Wesen der Strafe, die nur eine öffentliche seyn könne, geltend gemacht *t*). Gegentheils beruft man sich aber auf die Gültigkeit des R. R. in Deutschland überhaupt, auf die conformen Sanctionen des canonischen Rechts und der Reichsgesetze, auf den Gerichtsgebrauch selbst der ehemalig höchsten Reichsgerichte, endlich auf die Ansichten besonders neuerer Rechtslehrer *u*).

Schon Böhmer hat l. c. cap. II. §. 2. bemerkt: Si usus hujus doctrinae ex opinionibus testimoniisque interpretum aestimandus foret, quid superesset, nisi ut judicium de usu suspenderemus, quia in utramque partem cateruatim cohortes produci possunt sine ulla spe victoriae certae? Sunt infiniti, qui pro usu militant; sunt etiam, qui eum impugnant; — und von Kreitmayr, dessen Autorität für etwas gelten kann, da er in seiner Stellung an der Spitze der Rechtspflege eines bedeutenden deutschen Landes (Bayerns) wenigstens von dem usus fori dieses Landes Kenntniß haben mußte, sagt *v*) unter andern:

„Ob und wie weit diese Strafen der Selbsthülfe jemals „ad usum gekommen, ist ein Problema, welches von „Vielen mit Ja, von Vielen mit Nein beantwortet wird. „Von den bayerischen Kurlanden bezeugt B. Schmidt die „verneinende Meinung. — — Dazu kommt noch „der bedenkliche Text c. 1. X. de restit. spoliator., „kraft dessen spoliatus in der Hauptsache selbst, und „quoad petitorium sich ante plenariam restitutionem „einzulassen nicht schuldig ist, welches mit obigen Ver-

*t*) S. die Allegate bei Linde a. a. O. § 10.

*u*) Ebendas. Note 3—5.

*v*) In den Anmerk. ad cod. jud. c. I. §. 1.

Digitized by Google

„ordnungen nicht allerdings zu harmoniren scheint; denn „zu was Ende soll das petitorium noch dienen, wenn „das Eigenthum der Sache zuvor schon verwirkt und „verloren ist.“ — Gleichwohl kommt es bei dieser Controverse weniger auf die Ansichten bloßer Doctrinäre als auf Zeugnisse aus der Gerichtspraxis an. Und hier scheint es allerdings als bedenklich, daß unter andern Berger *w*) die Praxis von eben soviel Gerichtshöfen und Schöppenstühlen für als wider anführt. Da nun Oesterreich *x*), Preußen *y*), Bayern *z*), Sachsen, wenigstens nach dem Zeugniß Carpzovs *a*) die Strenge des römischen Rechts nicht kennen, oder, was das letztere Land betrifft, das fremde Recht doch nur von zweifelhafter Anwendung ist *b*), so ist wenigstens in dem bei weiten größten Theile von Deutschland die Frage entschieden; und daß die römische Strenge dem Genius deutscher Sitte und Rechtsgesetzgebung nicht angemessen ist, auch die Verhältnisse, unter welchen die deutschen Reichsgesetze zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe jener Strenge folgen mußten, nicht mehr dieselben sind, kann nichts besser zu erkennen geben, als eben die bemerkten neuen Gesetzbücher. So bliebe denn auch für eine allenfalls doch zu deducirende gemeine Praxis nur noch ein kleines Feld offen, und auch hier dürften die Gerichtshöfe in jenen legislatorischen Autoritäten im Zweifel eine Art sehr beachtenswerther raison écrite erkennen.

---

*w*) in oec. jur. L. III. tit. 9. th. 8. n. 2.
*x*) Oesterr. Ges. Buch §. 344.
*y*) allg. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 157 f.
*z*) cod. jud. c. 1. §. 1.
*a*) Jurispr. for. P. IV. const. 35. dec. 11.
*b*) Kind quaest. for. Tom. III. c. 2. (ed. II.)

## Viertes Kapitel.

### Von dem Schutze des Besitzes an unkörperlichen Sachen c).

### §. 65.

Daß analog ein Besitz auch an unkörperlichen Sachen oder s. g. Gerechtigkeiten (Quasibesitz), mithin auch zu dessen Schutze Klagen Statt finden, ist schon oben (§. 46. 13.) erinnert worden. Eben so wurde schon früher bemerkt, daß die Römer nur für gewisse Gegenstände des Quasibesitzes, wobei nämlich die Störung oder Entziehung des Rechts zugleich eine Störung oder Entziehung des Besitzes der körperlichen Sache selbst ist, woran die Gerechtigkeit ausgeübt wird, den Gebrauch der gewöhnlichen possessorischen Interdicte (uti possidetis, — unde vi) kannten, nämlich bei persönlichen Servituten, daß dagegen bei dinglichen Servituten dieß wenigstens nicht unbedingt Statt fand, vielmehr dafür eigene Interdicte galten, daß diese Regel jedoch nach heutiger Uebung nicht mehr so streng angewendet wird. §. 50 sq.

Diese durch eigene Interdicte beschützten Rechte sind Rusticalservituten, nämlich: 1) die Wegegerechtigkeit, 2) das Wasserleitungs- und Schöpfrecht, wozu jedoch wie gedacht, nach der Praxis auch noch mehrere andere jura in re moderner Art kommen. Nun wäre von diesen Klagen der Ordnung nach eigentlich in diesem, den possessorischen Klagen überhaupt gewidmeten Abschnitte zu handeln. Man hat es aber für zweckmäßiger gefunden, sie auf das 2te Kapitel des folgenden Abschnitts zu verweisen.

---

c) von Savigny Besitz §. 44.
C. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen oder s. g. Gerechtigkeiten. Leipzig 1826. 8.

Digitized by Google

# Dritter Abschnitt.

## Klagen aus dinglichen Rechten.

### §. 66.

Vorerinnerung

Nicht alle Klagen aus dinglichen Rechten sind es, die nach dem Plane dieser Schrift interessiren. Denn man hat sich hier zunächst nur Klagen aus Streitigkeiten bei dem Landbau zur Aufgabe gemacht, mit Uebergehung aller derjenigen, die für den Landeigenthümer eben so, wie für andere Stände aus gemeinsamen Lebens- und Verkehrsverhältnissen entstehen, so weit dieser beschränkte Plan unbeschadet des Zwecks und der nöthigen Vollständigkeit irgend ausführbar war. Auch die aus dem Personenrecht entstehenden dinglichen actiones de libertate affirmativae et negativae, die man analog auf das Verhältniß der deutschen Leibeigenen angewendet hat, werden hier übergangen. Denn was unsern Bauerstand betrifft, so handelt es sich bei der Frage um die Freiheit, wenigstens in dem bei weitem größten Theile von Deutschland, nicht von Beziehungen auf die Person, da die Leibeigenschaft nur noch zu den seltenen Erscheinungen gehört, sondern bloß von Beziehungen auf das Besitzthum des Bauers. Es kommt also dabei nur auf Beschränkungen und Belastungen des bäuerlichen Grundeigenthums an, wofür wir die Ser-

Digitized by Google

vitutklagen gebrauchen. — In diesem Abschnitte wird daher lediglich von den Klagen aus dem Eigenthume und aus den selbiges beschränkenden dinglichen Rechten die Rede seyn. Zwar gehören auch diese, abgesehen von den Klagen aus Prädialservituten, nicht dem Landeigenthümer allein an, da er den Besitz von Immobilien mit andern Staatsangehörigen theilt; allein, wie schon früher (§. 12.) erinnert worden, würde, wenn man die Eigenthums- und Hypothekarklagen hier übergehen wollte, weil auch der Städter Grundeigenthum an Häusern, fruchttragendem Boden und Gewerbsetablissements besitzt, eine um so weniger zu rechtfertigende Lücke entstehen, als der größte Theil der Grundfläche in allen Ländern doch in den Händen der ackerbauenden Classe der Staatsangehörigen sich befindet.

Noch ist folgendes im Allgemeinen über das practische Interesse der hier behandelt werdenden dinglichen Klagen zu erinnern. So wichtig die Eigenthumsklage ihrem Gegenstande nach ist, und so häufig sie bei den Römern in foro vorkam, wie schon die Sorgfalt, womit die Theorie vom Eigenthum überhaupt und von dem unbeweglichen insonderheit in den Rechtsquellen behandelt wird, zu erkennen gibt, so unverkennbar ist es, daß nach heutiger Praxis die Vindicationen, besonders von Immobilien, vieles von ihrem Interesse verloren haben. Sie kommen wenigstens bei weitem weniger in den Gerichtshöfen vor als Servitut- und Hypothekarklagen. Der Grund liegt in der verschiedenen Verfassung bezüglich auf den Verkehr mit Immobilien, dem man in Deutschland von den ältesten Zeiten an bis jetzt eine eigenthümliche Fürsorge zur Sicherung der Eigenthums- und sonstigen Rechte daran, wenigstens der Hypothekrechte, von Seiten der Staatsgewalt gewidmet hat. Die Verlautbarung der Immobilien-Veräusserungen vor den

Digitized by Google

Volksgerichten, wo der Veräusserende sein einem Andern zu übertragendes Grundeigenthum nicht nur in Beiseyn aller betheiligten Familien- und Gemeinde-Genossen, feierlich und öffentlich vor dem Volke „auflassen" mußte, setzte den Uebergang des Eigenthums und dessen Bedingungen unter die Garantie der öffentlichen Autorität. Es wurde dadurch zugleich eine Gemeinkundigkeit bewirkt, die allen künftigen Irrungen und Zweifeln von vorn herein den Weg zu versperren geeignet war. Diese sollenne gerichtliche Auflassung verschwand zwar im Laufe der Zeit, aber die obrigkeitliche Concurrenz blieb unter der Form der gerichtlichen Protokollirung, der Ab- und Zuschreibung in die Gerichtsbücher und der Brieffertigung, wozu schon die erkannte Nothwendigkeit der Controle des Immobiliarbesitzstandes zur Wahrung des öffentlichen, Communal- und grundherrlichen Abgaben-Interesse, das hiebei in Berührung kam, ein triftiges Motiv wurde *d*). Und diese Einrichtung blieb unverändert, bis die neueste Zeit durch Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern mit der gesetzlich ausgesprochenen nothwendigen Eintragung des Verkehrs mit Immobilien, als Bedingung der Erwerbung eines dinglichen Rechts, der Sicherheit des Grundeigenthums und seines rechtlichen Zustandes noch einen höhern Grad von Vollkommenheit verschaffte.

So sehr sich bei dieser Einrichtung die Eigenthums-Vindications-Prozesse bezüglich auf unbewegliche Güter nothwendig vermindern mußten, eben so würde dieß auch rücksichtlich der Servitutstreitigkeiten der Fall seyn; denn was die freilich noch häufigern Hypothekar- oder Schuldklagen auf unterpfändliche Versicherung betrifft,

*d*) Vergl. mein Handbuch der freiwill. Gerichtsbarkeit I. Bd. §. 16 – 18. (der 2ten Ausg.)

so haben diese ihren Grund nur höchst selten in einem Streit über das Recht, vielmehr fast immer nur in der Zahlungsflüchtigkeit der Schuldner, sind aber auch eben darum sehr einfach. Dieß würde nämlich geschehen, wenn gemeinrechtlich auch bei den Servituten die Eintragung in die öffentlichen Grund- und Hypothekenbücher Bedingung der dinglichen Eigenschaft wäre, wie in Preussen *e)* und Oesterreich *f)* gesetzlich vorgeschrieben ist. Indessen dürfte diese Vervollkommnung des Rechtszustandes wohl noch lange frommer Wunsch bleiben *g)*.

---

# Erstes Kapitel.

## Klagen aus dem Eigenthum.

### §. 67.

#### Allgemeine Betrachtungen.

Zum Schutze des Eigenthums dient nicht nur das in den gehörigen Schranken ausgeübte (§. 47. 2.) Recht

---

*e)* allg. L. R. Thl. I. Tit. 22. §. 18.

*f)* allg. bürg. Ges. Buch §. 481.

*g)* Selbst in Preussen hat die Erfahrung von der Räthlichkeit der Wiederaufhebung dieser gesetzlichen Bestimmung überzeugt „wegen des sehr beträchtlichen Kostenaufwands „und mancherlei nicht zu hebenden Schwierigkeiten, die „zu gegründeten Beschwerden Anlaß gegeben." Circular-Verordn. vom 30. Dec. 1798. Edicten-Samml. 1798. Seite 1839. — Ueber den Erfolg der Einrichtung im Oesterreichischen läßt sich noch nichts sagen: da die von dem bürgerl. Gesetzbuch bezielten Grund- und Hypo-

Digitized by Google

der Selbstvertheidigung, sondern auch — und diese machen die Regel aus, oder sollen es wenigstens — gerichtliche Zwangsmittel, und zwar sowohl die im vorigen Abschnitt abgehandelten possessorischen als petitorische Klagen. Es gibt eigentlich zum Schutze des Eigenthums nur Eine petitorische Klage, die Eigenthumsklage, welche wie das dadurch beschützte Recht selbst dinglicher Art ist, und bei einer totalen Verletzung des Eigenthums durch Entziehung des Besitzes der dessen Gegenstand ausmachenden Sache rei vindicatio, bei einer theilweisen, einem bloßen Eingriff in dasselbe, negatoria in rem actio heißt. Beide setzen zu ihrer Begründung ein nach den Erfordernissen des Civilrechts erworbenes Eigenthum voraus, wornach nicht nur der Kläger, sondern auch, wenn der Erwerb durch Tradition geschehen, dessen Auctor als wahre Eigenthümer erscheinen müssen. Ein solches Eigenthum kann also nur durch das Hinzutreten der Verjährung über jeden vernünftigen Zweifel erhoben werden, zu welchem der Erwerb dessen, der jetzt das Eigenthum behauptet, und seiner Vorgänger Anlaß geben kann. Auch der richterliche Zuschlag (adjudicatio) kann dieß bewirken, jedoch nur unter gewissen Umständen, worüber kürzlich einiges zu bemerken ist.

Wenn es sich um die Wirksamkeit der Adjudication rücksichtlich des Erwerbs des wahren Eigenthums handelt, so muß man einen Unterschied machen zwischen dem Recht dessen, der bisher als Eigenthümer gegolten und im Besitz ist, daher auch in dem die Adjudication bewirkenden Verhältnisse steht, und einem dritten, vielleicht

---

thekenbücher dort erst noch ihre förmliche Einführung erwarten. Pratobevera Materialien ꝛc. Bd. VIII. S. 310 ff.

ganz unbekannten Eigenthumsberechtigten. Jener verliert das Eigenthum per adjudicationem an einen Andern schlechthin, nämlich in den zu dieser Erwerbsart geeigneten Fällen d. h. in judiciis divisoriis *h*). Aber daß bei der Grenzregulirung zwischen Mevius und Sempronius ein Stück von der Waldung des letztern dem erstern der Ausgleichung wegen adjudicirt worden, macht den Erwerber nur gegenüber dem Sempronius zum wahren Eigenthümer, gegenüber jedem dritten allenfallsigen Eigenthums-Ansprecher jedoch nur in so fern, als Sempronius selbst gegen denselben das verum dominium behaupten konnte. Denn ausserdem ist das, was bei der fraglichen Grenzregulirung geschehen, bezüglich auf den Dritten eine res inter alios acta et judicata *i*), und die Adjudication gibt als eine derivative Erwerbsart hier nicht mehr Rechte als die Tradition, wenn der Tradent nicht Eigenthümer ist.

Aber es gibt eine andere Art der Adjudication, die — freilich nur partikularrechtlich *k*) — auch gegen einen Dritten wirksam ist, und also die nämliche Wirkung, wie die Ersitzung hat, indem durch selbige alle Ansprüche eines auch unbekannten Dritten extinguirt werden. Wenn nämlich bei einer nothwendigen Subhastation ein Grundstück mit Beobachtung der gesetzlichen Formen gerichtlich feilgeboten und dem Meistbietenden zugeschlagen wird, derselbe hiernächst das Kaufpretium bei Gericht erlegt

---

*h*) §. 4—7. J. de off. jud. (4, 17.) L. 3. C. comm. divid. (3, 37.)

*i*) Dieß ist jetzt wohl allgemein anerkannt, und A. Faber (de error. pragmat. Dec. 98. Num. 7 sqq. würde sich dießfalls h. z. T. weniger zu ereifern Veranlassung haben.

*k*) Preuß. allg. Hyp. Ordn. vom 20. Dec. 1783. Tit. II. §. 93. 98. 100. Allg. G. O. Th. I. Tit. 51. §. 100 ff.

Digitized by Google

oder auf dessen Anweisung bezahlt, so wird er dadurch von allen Ansprüchen eines Dritten frei und wahrer Eigenthümer. Das nämliche wirkt auch nach der bemerkten Gesetzgebung ein öffentliches Aufgebot unbekannter Realprätendenten ad effectum praeclusionis und zwar gegen unbekannte Eigenthums- sowohl als Servitutansprecher.

## §. 68.

### Fortsetzung. Die publicianische und andere verwandte Klagen.

Wo der Eigenthümer nicht durch Usucapion, oder partikularrechtlich durch eine Adjudication mit absolut präclusiver Wirkung, gesichert ist, würde derselbe häufig sehr übel daran seyn, wenn ihm nicht die Gesetze sonst zu Hülfe gekommen wären. Dieß ist nun durch die Annahme eines vermuthlichen Eigenthums zum Besten desjenigen geschehen, der eine Sache zu usucapiren angefangen hat, jedoch um seinen Besitz gekommen ist, gegenüber dem, der sich nicht in dieser Lage befindet, oder überhaupt ein schwächeres Recht, als der Vindicant hat. Man nennt diesen Eigenthümer einen prätorischen oder publicianischen und die ihm gestattete Klage, die actio publiciana. Hatte also der verlorne Besitz des Vindicanten die erforderlichen Eigenschaften, d. h. war er ein Usucapionsbesitz (§. 46. 7.) so wird der mit einer Vindication des verlornen Besitzes klagend auftretende Besitzer, auch ohne daß die Ersitzung der Zeit nach vollendet ist, — denn hier würde er als wahrer Eigenthümer gelten — fictitie als Eigenthümer angenommen *l)* und ihm die Eigenthumsklage nach

*l)* v. Savigny Besitz §. 3. n. 2.

den beiderlei Beziehungen, gegen totale und partielle Verletzung, gestattet. Die Klage wird dann publiciana in rem actio in ersterer, und negatoria in rem actio publiciana in letzterer Beziehung genannt.

Ausser diesen Eigenthumsklagen, zu deren Anwendung in gewissen Fällen auch von der in integrum restitutio Gebrauch gemacht wird *m*), gibt es noch andere Klagmittel, deren Endzweck die Geltendmachung von Eigenthumsrechten ist, und die in sofern in einem verwandtschaftlichen Nexus mit jenen stehen, ob sie schon entweder als s. g. gemischte Klagen (§. 21.) theilweise, wie die actio communi dividundo und die a. finium regundorum, oder gänzlich in das Gebiet der Obligationenrechte gehören, als da sind: die actio ad exhibendum, die interdicta de glande legenda und de arboribus caedendis, die actio aquae pluviae arcendae, die operis novi nunciatio u. dgl. Ihr Zweck ist, Mittel für Vindicationen oder sonst bei Geltendmachung von gewissen im Eigenthum enthaltenen Rechten oder deren Beschränkungen (s. hernach §. 76 ff.) zu werden. Wir übergehen hier beiderlei Arten, da sie ihre Stelle in der Folge bei den Klagen aus Obligationen finden werden.

## §. 69.

### Die rei vindicatio.

Das im Eigenthum enthaltene Recht zu besitzen gibt dem Eigenthümer zur Vertheidigung seines Rechts, so lange er zugleich Besitzer ist, die exceptio dominii, und wenn er den Besitz nicht mehr hat, und nicht lieber possessorisch klagen will, was er freilich wegen der größern Bequemlichkeit, selbst zu besitzen und den Gegner klagen

*m*) Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 272 sq.

Digitized by Google

zu lassen, vorziehen wird *n*) eine in rem actio, die rei vindicatio bei körperlichen Sachen, zum Unterschiede von der juris vindicatio bei unkörperlichen Gegenständen, namentlich bei Servituten. Gegenstand der Eigenthumsklage ist also immer eine körperliche und einzelne Sache (res singularis) *o*), wofür jedoch auch eine s. g. universitas facti als collective Einzelheit z. B. eine Heerde, ein Gutsinventarium gilt, sobald selbige nur im übrigen objectiv genau bestimmt ist; denn dieß gehört bei der Vindication überhaupt zu den wesentlichen Erfordernissen, weil über die Identität des Gegenstandes des Anspruchs und des Widerspruchs kein Zweifel entstehen darf. Ist daher die zu vindicirende Sache mit einer andern auf eine trennbare Weise verbunden, und die Vindication überhaupt zulässig, steht ihr nämlich nicht der Erwerb des Gegners aus dem Grund einer Accession u. s. w. entgegen, so muß der Vindication erst die Exhibition vorausgehen, und wenn sich derselben der Besitzer der Sache weigert, gegen ihn ad exhibendum geklagt werden. Nur im Vorbeigehen wird hier bemerkt, daß da die Vindication eine körperliche Sache voraussetzt, es unjuristisch ist, vom Eigenthum eines Schuldkapitals, also einer Forderung, zu reden, wenn schon das darüber ausgestellte Instrument Gegenstand der Eigenthumsklage seyn kann.

Die zu vindicirende Sache muß eine selbstständige Existenz haben; die Eigenthumsklage ist also ausgeschlossen oder doch beschränkt, wenn die Sache des Vindicanten durch Accession oder Vermischung Theil der Sache eines Andern geworden ist und so ihr selbstän-

*n*) Diese Klugheitsregel haben selbst die Gesetze aufgestellt. L. 24. D. de R. V. (6, 1.)

*o*) L. 1. §. 1. D. h. t.

diges Daseyn verloren hat. Je nachdem nämlich die Vereinigung durch Accession mit ihren verschiedenen Unterarten, die ein Product der Natur oder Kunst sind, oder durch Vermengung flüssiger (confusio) oder trockener (commixtio) Sachen geschehen, finden verschiedene Grundsätze und Regeln in Beziehung theils auf die Trennung, theils im Fall deren Unzulässigkeit auf die Entschädigung des, nach der Regel: accessorium sequitur principale, das Seinige verlierenden Eigenthümers, theils auf die etwa daraus entstehende Gemeinschaft für beiderlei Eigenthümer, Anwendung, welche hier weiter auszuführen nicht der Ort seyn kann und weshalb daher auf die bekannten Lehrbücher des römischen Rechts verwiesen werden muß. Nur soviel ist hier zu bemerken, 1) daß in den Fällen einer zulässigen Trennung nicht sofort mit der R. V. sondern, wie gedacht, zuerst mit der actio ad exhibendum geklagt werden muß, um das zu vindicirende Object vor allen zur nöthigen Gewißheit zu bringen; 2) daß bisweilen weder die präparatorische noch die ordentliche Hauptklage, die R. V., Statt findet, sondern eine actio in factum *p*), oder bei einer entstandenen Gemeinschaft in Folge der confusio oder commixtio das judicium communi dividundo, endlich 3) daß für den Fall, wo Baumaterialien in das Gebäude eines Andern verwendet worden (tignum junctum) und wo aus polizeilichen Gründen die Einreißung des Baues zum Behuf der Absonderung der fremden Materialien unzulässig ist, dem Eigenthümer eine eigene Klage, die actio de tigno juncto, und zwar gegen den im bösen Glauben Bauenden, wenn er

*p*) L. 23. §. 5. de R. V.

er sich der Herausgabe der Materialien weigert, auf das Doppelte gegeben ist *q*).

Auf die Sache oder deren Werth kann nicht alternativ geklagt werden, auch nicht auf den Werth (litis aestimatio) allein, so lange die Sache noch restituirt werden kann. Noch weniger gilt ein Eigenthumsanspruch auf die mit unserem Gelde erkaufte Sache, zufolge der Regel: in judiciis singularibus — also bei der Eigenthumsklage — res in locum pretii non succedit. Nur Pupillen und Minderjährige, Kirchen, die Ehefrau, Soldaten, sind dießfalls von den Gesetzen besonders begünstigt, daß sie die resp. von ihren Vormündern, Verwaltern und von dem Ehemann aus ihrem Vermögen, die Soldaten die von einem Dritten aus ihrem Soldersparniß angekauften Sachen mit der utilis rei vindicatio in Anspruch nehmen können *r*).

## §. 70.

### Die Parteien.

Kläger bei der Reivindication ist nicht bloß der unbeschränkte, sondern auch der beschränkte Eigenthümer *s*). Auch der widerrufliche Eigenthümer hat diese Klage zum Schutze seines Rechts, so lange das Eigenthum noch nicht widerrufen ist *t*). Einem Miteigenthümer, dem sein Recht streitig gemacht wird, steht die vindicatio pro parte, und wenn er es zum Behuf der

*q*) L. 23. §. pen. de R. V. L. 6. ad exhib. (10, 4.) §. 29. J. de rer. div. (2, 1.) L. 7. §. 10. D. de adquir. dom. (41, 1.) t. t. de tigno juncto (47, 3.)

*r*) Glück VIII. S. 159 ff.

*s*) L. 33. in fine D. h. t.

*t*) L. 41. pr. L. 66. h. t.



Digitized by Google

Theilung geltend machen will, die actio communi dividundo zu *u*). Als Beklagter kann jeder Besitzer, selbst der bloße Detentor angegriffen werden *v*); eben so, wer die Sache bloß in fremdem Namen besitzt, weil dieser nur anzugeben braucht, von wem er besitze, um von dem Anspruche sich zu befreien *w*). Für den Kläger ist es aber in der Regel rathsamer, sich sofort an den Auctor des Naturalbesitzers oder Detentors zu halten. Uebrigens macht es keinen Unterschied, ob der Beklagte schon vor angestellter Klage im Besitz gewesen, oder erst während des Prozesses zu besitzen angefangen hat, wenn er nur vor Erlassung des Urtheils Besitzer war *x*). Gegen die Erben des Besitzers findet die R. V. in so weit Anwendung als sie Besitzer sind *y*), oder als sie Handlungen des Erblassers in Beziehung auf dessen Besitz zu vertreten haben *z*). Bisweilen wird selbst der Nichtbesitzer mit Wirkung als Besitzer angenommen. Es hat nämlich die Regel: daß der Beklagte bei der Eigenthumsklage Besitzer seyn müsse, verschiedene Modificationen sowohl in Beziehung auf die Beweislast als hauptsächlich auf die Wirkungen rücksichtlich der Restitution. Es lassen sich folgende Fälle denken nach Verschiedenheit A) des Zugeständnisses des Besitzes von Seiten des Beklagten, oder B) dessen Abläugnung.

---

*u*) L. 3. §. 2. L. 5. pr. h. t.

*v*) Omnes qui tenent et habent restituendi facultatem. L. 9. D. h. t.

*w*) L. 80. eod.

*x*) L. 27. §. 1. h. t.

*y*) L. 42. L. 55. h. t. L. 12. §. 6. ad exhibendum (10, 4.)

*z*) LL. cit. und L. 52. de R. V.

Digitized by Google

## §. 71.

### A. Der Besitz ist zugestanden.

1) Wenn der Beklagte den Besitz schlechthin zugesteht, aber läugnet, daß der Kläger Eigenthümer sey, so muß dieser den Beweis führen. Zum Beweise des Eigenthums dienet jedes zulässige Beweismittel. Soll er durch Zeugen geführt werden, so muß deren Aussage auf die Umstände der Erwerbung gerichtet seyn *a*). Eine allgemeine Deposition: daß A. Eigenthümer des Guts B. sey, sowie überhaupt jede Aussage, die mehr Raisonnement als Darstellung einer sinnlichen Wahrnehmung, dergleichen allein von dem Zeugen gefordert wird, enthielte, würde daher eben so wenig relevant seyn als aus dem nämlichen Grunde der Beweis durch Eidesdelation in solle *b*). Den Beweis muß der Kläger führen, und zwar ohne Unterschied, ob ihm der Beklagte überhaupt bloß das Eigenthum widerspricht (negative litem contestirt) oder selbst Eigenthümer zu seyn behauptet, also zugleich die s. g. exceptio dominii vorschützt. Kann der Kläger nicht beweisen, so ist der Beklagte zu entbinden, wenn dieser auch ausser seinem Besitz weiter nichts für sich hätte. Indessen ist dem Beklagten unbenommen, den Beweis der exc. dominii *c*), zu führen, und es ist dieß sogar rathsam, wenn er ihn zumal leicht führen kann. Denn hat er schlechthin nur negativ sich eingelassen, und der Kläger seine Klage nicht erwiesen, so ist bloß die Folge, daß der Beklagte absolvirt wird, d. h.

---

*a*) Leyser Spec. 99. med. 1.

*b*) Kind. quaest. IV. c. 65.

*c*) Im Grunde ist dieß der directe Gegenbeweis einer modificativen Klagverneinung; denn der Beklagte sagt: Du bist nicht Eigenthümer, weil ich es bin.



Digitized by Google

daß der Kläger nicht für den Eigenthümer gilt, woraus noch nicht folgt, daß es der Bekl. ist. Hat dieser aber die exc. dominii erwiesen, so hat dieß für ihn den Vortheil, daß er, wenn ihm hierauf das Eigenthum zuerkannt wird, von diesem richterlichen Anerkenntniß seines Eigenthumsrechts in andern Fällen z. B. zum Zweck der Legitimation bei den Servitutklagen nützlich Gebrauch machen kann *d*).

2) Der Beklagte gesteht zwar den Besitz zu, behauptet aber, daß er im Namen eines Andern besitze, z. B. als Pächter, Verwalter ꝛc. und benennt seinen Auctor, indem er zugleich verlangt, daß der Kläger seine Klage gegen diesen richte. Will er von dieser nominatio s. laudatio auctoris *e*) (die sich von der simpeln Einrede des unrichtig gewählten Beklagten oder der mangelhaften Passivlegitimation unterscheidet, wo der Beklagte dem Kläger nichts weiter sagt, als daß er der rechte Beklagte nicht sey *f*)) Gebrauch machen,

---

*d*) Vinnius ad Instit. tit. de action. num. 18. Glück VIII. S. 193. u. 194. Note 74.

*e*) L. 2. C. ubi in rem actio (3. 19.) Lauterbach in diss. acad. Vol. III. diss. 106. Gönner's Handbuch des Prozesses I. n. 16. doch abgesehen von der, — mit der Behauptung: daß die nom. auctoris auch bei persönlichen Klagen Statt finde, aufgestellten Irrlehre, welche vollständig beleuchtet hat Mittermaier im Archiv f. c. Pr. III. S. 404 ff.

*f*) Wiewohl dergleichen simple Ausflucht, ohne daß der Beklagte das eigentliche Besitzverhältniß von selbst angeben müßte, sich kaum denken läßt. Auch würde derselbe, wenn er es doch versuchen und sich nicht zurechtweisen lassen wollte, nach den Regeln eines soliden Prozeßverfahrens, welches dergleichen chicanöse Ausbeugungen

so muß dieses vor der Streiteinlassung geschehen. Denn läßt er sich in den Prozeß ein, so wird er als Einer, qui liti se obtulit, angenommen. Es trifft ihn dann jeden Falls wenigstens der Nachtheil der Prozeßkostenzahlung, wenn er das wahre Verhältniß nicht angegeben hat, ob er schon dieses im Laufe des Prozesses immer noch nachholen kann *g*). Widerspricht der Kläger der Richtigkeit der Nomination, so liegt dem Nominanten der Beweis ob. Denn daß dieser besitze, steht durch sein Bekenntniß fest, daß er statt eines Andern besitze, ist ein factum, das er beweisen muß *h*). Nimmt aber der Kläger den Nominaten als eigentlichen Beklagten an, dieser läugnet jedoch ebenfalls, Besitzer zu seyn, so wird nun dem Kläger der Besitz eingeräumt, dem Betheiligten aber bleibt sodann vorbehalten, sein Recht petitorisch auszuführen *i*), was denn natürlich um so mehr von einem Dritten gilt, zu dessen Nachtheil etwa der Nominant und der Nominat sich des Besitzes begeben hätten *k*).

---

! nicht gestatten darf, nothwendig als contumax behandelt werden müssen.

*g*) Mittermaier S. 411. Ueber das Verfahren bei der N. A. s. ebendas. S. 414 ff. und Lauterbach l. c §. XXI.

*h*) Lauterbach l. c. §. X.
A. M. sind Gönner §. 4. n. 6. und Mittermaier a. a. O. S. 416. welche dem Kläger den Beweis aufbürden, daß er den rechten Beklagten angegriffen.

*i*) L. ult. D. de R. V. L. 2. C. cit.

*k*) Nov. 18. cap. 10. Gönner a. a. O. §. 5. n. 8.

Digitized by Google

## §. 72.

### B. Der Besitz ist geläugnet.

3) Läugnet der Beklagte den Besitz ab, sagt also schlechthin, daß er nicht besitze, nicht wie in dem Fall ad 2. daß er in fremdem Namen besitze, so liegt dem Kläger der Beweis ob; denn dieser Beweis ist ein nothwendiges Erforderniß zur Begründung der Klage gegen diesen Beklagten. Je nach dem Ausfalle dieses Beweises ist die Wirkung folgende.

4) Hat der Kläger nicht bewiesen, so wird der Beklagte losgesprochen, und jener kann nun den eigentlichen Besitzer aufsuchen; ein Fall, der jedoch wohl selten eintreten möchte. Denn nichts hindert hier den Kläger sein Eigenthum durch Besitzergreifung geltend zu machen, da ihm auch ohne einen derivativen Erwerbsgrund ein originärer durch Occupation der herrnlosen Sache zu Gebote stünde *l*). Nur könnte auch bei einer solchen Zueignung der Erwerber des eigenthümlichen Besitzes eines Grundstücks nicht umgehen, die richtliche Ueberschreibung als deutschrechtlich nothwendige Bedingung

*l*) Es wird hier freilich vorausgesetzt, daß nicht durch Landesrechte eine Beschränkung des Zueignungsrechts eintritt. Was wenigstens die Besitznahme ursprünglich herrnloser oder derelinquirter Grundstücke anlangt, so werden diese hie und da zu den Regalien gerechnet, wie namentlich im Preussischen, (Allg. L. R. Th II. Tit. 16. Abschn. 1.) was indessen nicht gemeines deutsches Recht ist, nach welchem, mit Beschränkung jedoch auf Staatsangehörige und mit Ausschließung jedes Ausländers, bei der Occupation herrnloser Sachen zwischen dem Staat und seinen Bürgern die Prävention entscheidet. Klüber's öff. Recht des deutschen Bundes §. 336 fg. (3. Aufl.)

Digitized by Google

des Eigenthums-Erwerbs eines Immobile (§. 66.) nachzusuchen, und dabei wird man denn allerdings über die bisherigen Besitzverhältnisse nähere Erkundigung einziehen, und jeden, der etwa ein Recht zu der Sache haben könnte, mit seiner Erklärung vernehmen. Auch ist es in solchen Fällen partikularrechtlich wenigstens nicht ungewöhnlich, daß der Adquirent das vorhin (§. 67.) bemerkte Aufgebot ad effectum praeclusionis der etwa unbekannten Ansprecher erwirkt, um sich dadurch vor künftigen Anfechtungen sicher zu stellen.

5) Hat der Kläger bewiesen, daß der Beklagte wirklich Besitzer ist, so verliert dieser zur Strafe seines Läugnens und weil er es, so zu sagen, selbst nicht anders haben will, den Besitz, indem der Kläger in denselben eingesetzt wird. Doch bleibt jenem sein allenfallsiges Recht im Petitorium gegen den in den Besitz eingesetzten Vindicanten vorbehalten *m*).

6) Besitzt der Beklagte zwar gegenwärtig nicht, es ist aber erwiesen oder auch von ihm selbst eingeräumt, daß er irgend einmal besessen habe, so kann er für den jetzigen Nichtbesitz verantwortlich gemacht werden, je nach Verschiedenheit folgender Fälle. a) Er hat den Besitz ohne seine Schuld verloren. Beweist er dieß, so ist er von dem Anspruche des Eigenthümers frei *n*); eben so b) wenn er den Besitz b. f. aufgegeben, die

*m*) Nov. 18. c. 10. Hierdurch sind die strengeren Bestimmungen des Pandectenrechts (L. ult. D. de R.V.), wornach der muthwillig läugnende Besitzer sogar der etwaigen Eigenthumsansprüche verlustig wurde, gemildert und dieß gilt auch in der Praxis. Stryk U. M. L. VI. Tit. 1. §. 6. Wernher obs. P. I. 150. P. III. 64. Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 184.

*n*) L. 36. §. 1. h. t.

Sache im guten Glauben veräussert oder verzehrt hat, im letztern Fall ohne Rücksicht auf den durch den Genuß sich verschafften Vortheil; bei einer Veräusserung haftet er so weit er bereichert ist, und der Eigenthümer nicht gegen den Erwerber mit der Vindication zu seinem Zwecke gelangen kann *o*). c) Hat der Beklagte sich des Besitzes betrügerischer Weise begeben (dolo possidere desiit), so wird er fortwährend als Besitzer (fictus possessor) angesehen. Hier muß er dem Kläger den Werth der Sache erstatten, den dieser allenfalls mit dem Würderungseid nach seinem individuellen Interesse bestimmen kann *p*). Gegen die Erben des fictus poss. findet, sofern sie nicht des Dolus sich theilhaftig gemacht haben, zwar nicht die actio in rem, wohl aber eine actio in factum Statt, so weit die Erbschaft reicht, (§. 40. a. E.).

7) Auch wenn der Beklagte niemals besessen hat, sich aber auf die Klage des ihn in gutem Glauben für den Besitzer haltenden Vindicanten einläßt (oblatio liti), fällt zwar ausser dem Ersatz der Prozeßkosten die weitere Haftung des fictus possessor weg, falls der eigentliche Besitzer erscheint und sich bereit erklärt, die Sache mit dem Kläger ausmachen zu wollen. Nur wenn die Lage des Klägers durch die von dem Nichtbesitzer mit ihm gespielte Comödie erschwert worden seyn sollte, ist es eben eine Wirkung des dolosen Benehmens des letztern, daß er haftend bleibt, und der Kläger ist nicht schuldig, ihn zu entlassen *q*). Er muß dann we-

*o*) Schweppe röm. Privatrecht II. §. 268. Seite 133. (IV. Ausg.)

*p*) L. 71. D. h. t.

*q*) L. 13. §. 13. 14. de H. P. (5, 3.) v. Glück VII. S. 529.

Digitized by Google

nigstens den Werth der Sache, die er nun einmal nicht restituiren kann, erstatten.

## §. 73.

### Zweck der Klage, Verpflichtungen des Beklagten.

Der Zweck der Eigenthumsklage ist, daß der Kläger für den Eigenthümer der vindicirten Sache erkannt und dem zu Folge der Beklagte zur Restitution der Hauptsache „cum omni causa" verurtheilt werde. Denn die Restitution begreift alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm der Besitz der Sache von dem Beklagten nicht vorenthalten worden wäre *r*), namentlich alle Accessionen, Früchte und Nutzungen, so wie alle Schäden und Unkosten, die ihm ohne das unrechtliche Benehmen des Beklagten nicht erwachsen seyn würden. Zu dem Ende geht das Klagpetitum dahin:

daß dem Kläger das Eigenthum des fraglichen Ackers zustehe, daher Beklagter denselben sammt Früchten und Nutzungen dem Kläger abzutreten, auch alle verursachte Schäden und Kosten zu erstatten schuldig sey.

Sollte das Nebengesuch auf die Accessionen, Früchte und Schäden etwa unterlassen worden seyn, so ist doch der Richter verpflichtet, darauf von Amtswegen zu erkennen *s*). Hat er es übergangen, und sein Erkenntniß die Rechtskraft beschritten, so findet deßfalls keine Klage

---

*r*) L. 20. h. t. L. 35. L. 75. L. 246. §. 1. D. de V. S. (50, 16.)

*s*) L. 13. C. de usuris (4, 32.)
Meine Schrift über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen §. 26. 27.

Digitized by Google

mehr Statt t). Denn mit der Anstellung der Hauptklage ist dieselbe und damit auch dieser Nebenanspruch erloschen. Nur ein dabei begangener Betrug des Beklagten kann eine Ausnahme und die actio doli begründen u). Was die Restitution der Sache, die entweder im Werth verringert, oder gar zu Grunde gegangen ist, anlangt, so haftet der bonae fidei possessor für eine nach der Litiscontestation begangene culpa v), der Besitzer im bösen Glauben dagegen selbst für den Zufall, wenn dieser nicht bei dem Eigenthümer eben so gut sich ereignet hätte w). Das Gesuch geht in dem Fall, wo der Beklagte betrügerischer Weise zu besitzen aufgehört hat, dahin:

daß dem Kläger das Eigenthum des von dem Beklagten besessenen, von ihm aber veräusserten Hauses zustehe, daher derselbe den Werth sammt den Früchten und Nutzungen zu erstatten ꝛc. schuldig;

oder im Fall einer Deteriorirung:

daß dem Kläger das Eigenthum an dem Garten vor dem Gerbereithor zustehe, Beklagter daher denselben sammt den Früchten und Nutzungen dem Kläger einzuräumen schuldig, auch für die durch das Heraushauen von Obstbäumen und die übrigen angegebenen nachtheiligen Veränderungen angerichteten Schäden vollständigen Ersatz zu leisten verbunden, mit Erstattung der Prozeßkosten.

---

t) L. cit. L. 3. C. de fruct. et lit. exp. (7, 51.) Leyser Spec. 99. m. 8.

u) Glück IV. §. 331. a. E.

v) Nicht für eine vor der L. C. zu Schulden gebrachte; denn hier — quasi rem suam neglexit. L. 45. de R. V. L. 31. §. 3. de H. P. (5, 3.)

w) L. 40. pr. D. de H. P. L. 15. in fine h. t.

Digitized by Google

Es ist übrigens nicht nothwendig, daß der Kläger schon in der Klage das subsidiäre Gesuch auf den Werth richtet, sondern er kann nach Umständen die geschehene Veräusserung ꝛc. in der Klage übergehen, und somit sich auf die Forderung der Herausgabe der vindicirten Sache, wie in dem Formular Seite 185. beschränken. Ercipirt dann der Beklagte, daß er nicht besitze, so folgt erst die Replik, daß und wie derselbe betrügerisch aufgehört habe, zu besitzen. Eben so braucht das Anerbieten zum juramentum in litem erst bei der Execution zu geschehen *x*). Alles kommt auf Umstände und Gelegenheit und darauf an, daß der Kläger nicht zu frühzeitig von Rechtsbehelfen Gebrauch mache, die ihrer Natur nach nur subsidiär sind, also nicht durch unnöthige Anticipationen die Vertheidigung des Beklagten selbst erleichtere.

Von den Früchten der vindicirten Sache gibt der redliche Besitzer nur die bezogenen und beim Anfange des Rechtsstreits von ihm noch nicht verzehrten oder usucapirten heraus. Nach begonnenem Streit, und zwar nicht bloß nach der Litiscontestation, sondern schon mit Insinuirung der Klage *y*) wird er in Ansehung aller bezogenen Früchte ohne Unterschied einem unredlichen Besitzer gleich gehalten. Dieser, der unredliche Besitzer, hat auch die zu beziehen gewesenen (fructus percipiendos) zu erstatten *z*).

## §. 74.

### Gegenforderungen des Beklagten.

Dem restituirenden Beklagten sind gewisse Gegen-

*x*) Boehmer de act. Sect. I. c. 3. §. ult. Note e.
*y*) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. de H. P.
*z*) Das Ausführlichere hierüber s. bei Glück VIII. §. 225 ff.

forderungen und dafür ein Retentionsrecht, das er auf den Grund der exc. doli geltend macht, geſtattet *a*). Die Praxis gibt ihm ſogar anomaliſch die actio negot. gest. utilis *b*). Zu dieſen Gegenforderungen gehören: der nothwendige Aufwand (impensae necessariae) auf die Sache, ſo wie ſelbſt auf die Früchte, ſo weit dieſe wirklich reſtituirt werden. Auch für einen bloß nützlichen Aufwand (imp. utiles) kann der redliche Beſitzer Erſatz fordern; einen bloß zum Vergnügen gereichenden dagegen (imp. voluptuariae) kann der Beſitzer, wenn der Eigenthümer keine Entſchädigung dafür geben will, nur wegnehmen, ſo weit dieß unbeſchadet der Sache geſchehen kann *c*). Uebrigens muß zwar der verurtheilte Beklagte die Herausgabe unentgeldlich leiſten, kann auch nicht Erſatz für die Koſten der Erwerbung fordern *d*); doch gibt eine zum Beſten des Vindicanten geſchehene nützliche Verwendung dem Beſitzer Anſpruch auf Erſatzleiſtung *e*). Ueberhaupt darf ſich der Kläger nicht betrügeriſch mit dem Schaden des Andern bereichern. Iſt

---

*a*) L. 23. §. 4. L. 27. §. 5. L. 48. h. t. L. 14. de doli mali exc. (44, 4.)

*b*) Strube's rechtl. Bed. III. 76.

*c*) L. 36. §. 5. L. 38. de H. P. L. 5. C. h. t. (3, 32.) L. 37. L. 38. D. h. t. — Ausführliche und durchgreifende Beſtimmungen über die Verpflichtungen des reſtituirenden Beſitzers enthält das preuß. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 188. ff.

*d*) L. 3. L. 23. C. h. t. (3, 32.) Daß hier überall von deutſchrechtlichen, auf den Grundſatz: „Hand muß Hand wahren" gebauten Rechtstheorien Umgang genommen wird, braucht nicht erwähnt zu werden. Wo dieſe partikularrechtlich gelten, leidet überhaupt manches hier Geſagte eine Ausnahme.

*e*) L. 16. C. de praediis minor. (5, 71.)

Digitized by Google

dieß der Fall, so kann sich der Beklagte nicht nur der exc. doli, sondern auch der damit verwandten wichtigen exc. rei venditae et traditae bedienen, welche überall anwendbar ist, wo die Regel anschlägt: quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio oder: „was jemand muß gewähren, das kann er nicht entwähren" *f*). So oft daher der Beklagte die Sache aus einem für den Kläger verbindlichen Geschäft erworben, es sey entweder unmittelbar von demselben, oder zwar von einem Dritten, so jedoch, daß der Kläger die Haftung desfalls übernommen u. s. w. *g*) steht dem Beklagten diese Einrede zu.

## §. 75.

### Die Publicianische Klage.

Wer mit der Eigenthumsklage auftritt, muß beweisen, daß die Sache sein Eigenthum sey, und wenn er behauptet, er habe sie durch Tradition erworben, daß auch sein Auctor wirklich Eigenthümer gewesen, ein Beweis, welcher, wenn dem Vindicanten oder seinem Auctor nicht die Erwerbsart der Ersitzung oder nach Partikularrechten ein Präclusions-Erkenntniß (§. 67.) zu Statten kommt, sehr schwierig seyn kann *h*). Um die Last dieses Beweises zu erleichtern, hat, wie schon gedacht, das prätorische Recht die publicianische

---

*f*) Mackeldey's Lehrb. §. 271.

*g*) S. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts I. Bd. §. 121. am E. — Glück XX. S. 434. ff.

*h*) Ueber den in neuerer Zeit entstandenen Streit rücksichtlich der Erfordernisse dieses Beweises s. Mackeldey's Lehrbuch §. 269. Note aa. (9te Ausg.).

Digitized by Google

Klage eingeführt *i*), deren sich der Vindicant bedienen kann, welcher einen zur Usucapion geeigneten (§. 46. 7.) Besitz verloren hat, gegen den, der aus einem schwächern Rechtsgrund (infirmiore jure) besitzt. Es wird nämlich eine bloß angefangene Usucapion vermittelst einer prätorischen Fiction vorläufig für vollendet angenommen und ein interimistisches Eigenthum fingirt. Der verlorne Besitz muß daher zur Usucapion geeignet gewesen, diese aber noch nicht vollendet seyn. Denn wäre sie dieses, so hätte der Kläger das wahre Eigenthum durch Ersitzung erworben, brauchte folglich nicht zum prätorischen Eigenthum seine Zuflucht zu nehmen; er könnte als dominus civilis die Reivindication unbedenklich anstellen. Indessen kann auch der wahre Eigenthümer sich der publicianischen Klage vortheilhaft bedienen, um sich seinen Eigenthumsbeweis zu erleichtern, wobei er sich denn bloß darauf beruft und zu berufen braucht, daß er durch Uebergabe (oder auch ohne diese, nämlich in Fällen, wo das Eigenthum ohne Tradition erworben wird *k*)) auf den Grund eines zum Usucapionsbesitz als Titel tüchtigen Rechtsgeschäfts zum Besitz gelangt sey. Es folgt aus der nothwendigen Eigenschaft eines Usucapionsbesitzes, daß der Kläger wenigstens zu Anfang des Besitzes im guten Glauben war; denn die später eingetretene mala fides schadet weder nach römischem, noch nach canonischem Rechte *l*). Kommt es gleich im übrigen nach dem Wesen dieser Klage nicht auf die Einrede an: der Kläger sey nicht Eigenthümer, so steht doch der Klage die exc. justi dominii entgegen,

*i*) §. 4. J. de act. (4, 6.)

*k*) Glück VIII. S. 354.

*l*) Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens S. 59. ff. Glück VIII. S. 347.

d. h. gegen den wahren Eigenthümer kann man sich dieser Klage in der Regel *m*) nicht bedienen, denn gegen diesen ist ja das Recht des Klägers offenbar das schwächere. Aber schon die Einrede des wenigstens gleichen Besitzrechts kann zur Entkräftung der Klage hinreichen, und wenn beide, der Kläger und der Beklagte, durch Tradition den Besitz von dem Nichteigenthümer (denn vom wahren Eigenthümer würde zur R. V. berechtigen) erhalten haben, so entscheidet die Priorität des Erwerbs *n*). Diese Klage ist auch in Ansehung dinglicher Rechte an fremden Sachen mit Ausnahme des Pfandrechts gestattet, wenn der Quasibesitzer sich in einem mit dem publicianischen Kläger analogen Verhältniß befindet *o*). Im übrigen ist zwischen dieser Klage und der R. V. kein Unterschied *p*).

Das Gesuch bei der A. P. ist wie bei der R. V., nur daß der Kläger nicht schlechthin auf die Zuständigkeit des Eigenthums, wie bei letzterer, sondern auf das durch dieses prätor. Klagmittel begründete quasi-dominium oder prätorische Eigenthum den Antrag stellt. Hat er also z. B. vorgestellt: daß er das bezeichnete Grundstück von dem N. erkauft und tradirt erhalten, Beklagter aber sich widerrechtlich in dessen Besitz gesetzt habe, (daß Beklagter aus dem und dem Grund, den er etwa für sich anführt, wenigstens ein schwächeres Recht zum Besitz habe, wird der Kläger der Replik aufsparen) so wird das Petitum etwa so ausgedrückt:

---

*m*) Die Ausnahmen s. bei Glück VIII. S. 364.

*n*) L. 9. §. 4. de publ. act. (6, 2.)

*o*) L. 11. §. 1. L. 12. §. 2. 3. L. 13. §. 1. h. t.

*p*) L. 7. §. 8. eod.

Digitized by Google

daß dem Kläger das prätorische Eigenthum an dem fraglichen Grundstück zustehe, daher der Beklagte selbiges an ihn cum omni causa abzutreten und alle Kosten zu erstatten schuldig.

Wird die R. V. und die Publiciana alternativ (§. 33.) cumulirt, wie gestattet, ja sogar von Practikern den Sachwaltern als Vorsicht empfohlen wird q), so geht das Gesuch dahin:

daß dem Kläger das Eigenthum vel quasi an dem fraglichen Grundstück zustehe ꝛc.

was gemeinverständlicher auch so ausgedrückt werden kann:

daß der Kläger Eigenthümer des Grundstücks oder doch vor dem Beklagten rechtlich dafür anzunehmen sey, daher dieser u. s. w.

## §. 76.

### Klagen aus Eigenthumsbeschränkungen.

Das Eigenthum als die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, daher seinem Inhalte nach die Totalität aller dinglichen Rechte kann beschränkt seyn, und aus dieser Beschränkung können Klagen entstehen theils für den, zu dessen Besten die Beschränkung Statt findet, theils für den Eigenthümer, sofern er selbige rechtlich nicht für begründet hält. Es kann aber das Eigenthum beschränkt seyn

I. durch das Daseyn von Rechten eines Andern, die als dingliche Rechte — jura in re — begründet sind, und kraft deren gewisse im Eigenthum enthaltene Befugnisse von dem Andern ausgeübt werden.

Diese

q) Wernher in obs. P. IX. obs. 23.

Diese durch Privatwillen (Vertrag oder Testament), so wie durch erwerbende Verjährung, in gewissen Fällen durch richterlichen Ausspruch, oder auch durch das Gesetz unmittelbar bewirkten jura in re aliena stehen entweder der freien Eigenthums-Benützung entgegen, wie die Servituten, die Emphyteusis, die Superficies, oder der Verfügung über die Substanz der Sache wegen des zur Sicherheit einer Forderung darauf bestellten Pfandrechts.

II. Es gibt aber auch noch andere Beschränkungen des Eigenthums, die ihren Grund hauptsächlich in dem Nachbarschafts-Verhältniß der Betheiligten haben, und eine Forderung der möglichen Coëxistenz der in den gesellschaftlichen Verein getretenen Menschen sind. Endlich gibt es noch Beschränkungen, welche

III. dem freien Veräusserungsrechte des Eigenthümers entgegen stehen.

Diese verschiedenen Beschränkungen werden bezüglich auf Dienstbarkeiten und dienstbarkeitähnliche Rechtsverhältnisse, sowie auf die übrigen ad I. bemerkten dinglichen Rechte in den folgenden Kapiteln näher betrachtet werden; hier ist daher nur noch Einiges über die beiden letztern Beschränkungs-Arten zu erinnern.

## §. 77.

### Beschränkungen aus dem Nachbarrecht.

So weit es sich bei den Beschränkungen aus dem Nachbarschaftsverhältniß bloß um das Interesse Einzelner handelt, können sie gleich Servituten durch Privatübereinkunft, sowie durch Herkommen ihr Daseyn erlangt haben, sie sind aber gewöhnlich schon durch Gesetze begründet. Diese Gesetze sind von zweierlei Art: sie betreffen nämlich entweder bloß das Privatrecht,



Digitized by Google

oder sie gehören als Polizeigesetze zum öffentlichen Recht. Dort können die Einzelnen, was zu ihrem Besten gesetzlich bestimmt ist, willkührlich abändern, nicht aber hier *r*), so weit das allgemeine Interesse mit in Berührung kommt. Gestattet mir also auch der gutmüthige Nachbar, daß ich meine Scheune an sein Haus anbaue, so leidet es die Polizei nicht wegen der Feuersgefahr. Beschränkungen nach beiderlei Beziehungen, sowohl privatrechtliche (das eigentliche Nachbarrecht) als polizeiliche, sind theils gemeinrechtlich, theils durch Landesrechte *s*) weiter ausgebildet. Sie gehen auf das Bauen, den Lauf des Wassers, das Anpflanzen von Bäumen u. s. w. *t*); nicht zu gedenken der besondern Beschränkungen publicistischer Natur, wovon im 3. Kap. die Rede seyn wird. Wir bemerken hier besonders in nachbarrechtlicher Hinsicht folgende.

1) Ausser den Fällen, wo servitutes praed. urb. dem Bauenden eine Beschränkung auflegen, kann derselbe in der zu beobachtenden Höhe und Form seines Bauunternehmens, so wie bezüglich auf die dabei einzuhaltende Entfernung von des Nachbars Grund, nach den bestehenden Verordnungen sich dergleichen gefallen lassen müssen. An die Stelle der römischrechtlichen Bestimmungen in tit. C. de aedific. privatis (8, 10.) sind h. z. T. fast in jedem Lande eigne Baupolizeigesetze getreten. Diese setzen denn auch fest,

2) daß niemand die Wiederherstellung seines baufälligen Hauses oder sonstigen Gebäudes vernachlässige,

---

*r*) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 38. D. de pactis (2, 14.)

*s*) Vergl. preuß. allg. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 35 ff.

*t*) Schweppe röm. Priv. Recht 2. Bd. §. 227—233. (4. Ausg.)

Digitized by Google

oder daſſelbe wohl gar einreiße, um mit den Baumaterialien einen Gewinn zu machen *u*). Dieß gilt auch von auffallenden Cultur-Vernachläſſigungen fruchttragender Feldſtücke ſo wie rückſichtlich der Devaſtation einer Waldung durch übermäßige Benutzung derſelben. — Dieſe Beſchränkungen (1 u. 2.) beruhen mehr oder weniger auf reinen Polizeivorſchriften, die freilich auch dem einzelnen Nachbar zu gute kommen. Dagegen gehören folgende Beſtimmungen bloß dem Privatrecht an:

3) daß der Nachbar kraft geſetzlicher Vorſchrift, alſo ohne ein Verbotsrecht eigens erworben zu haben, nicht zu leiden ſchuldig iſt, daß ihm der Luftzug auf ſeine Dreſchtenne verbaut werde *v*), was auch von dem Beſitzer einer Windmühle gilt, wenn ihm durch Aufführung eines Gebäudes, einer Wand, oder durch Anpflanzung von Bäumen der Wind entzogen wird *w*), ferner

4) daß ich dem Nachbar das Graben auf ſeinem eigenen Grunde, ſofern dadurch mein Gebäude an Feſtigkeit verliert *x*), oder Anlagen, wodurch meine Wand Schaden nimmt *y*) verbieten kann.,

5) Auch die Anpflanzung von Bäumen, die Anlegung von Befriedungen durch Zäune und Hecken ſind gewiſſen Beſchränkungen unterworfen, wenn dadurch der Nachbar benachtheiligt wird. Dieſer muß dagegen

6) den Ueberhang der Aeſte von den Bäumen des

---

*u*) L. 52. D. de contrah. emt. (18, 1.) L. 48. de damno infecto (39, 2.)

*v*) L. 14. §. 1. C. de servit. (3, 34.)

*w*) Mackeldey's Lehrb. §. 267 b n. d. Preuß. L. R. II. Tit. 15. §. 247.

*x*) L. 24. §. 12. de damno inf.

*y*) L. 18. de serv. praed. urb. (8, 2.) L. 17. §. 2. si servitus vind. (8, 5.)



Digitized by Google

Andern in die Luftsäule seines leeren Grundstücks in einer Höhe von 15 Fuß vom Boden leiden, und nur wenn diese tiefer herabhängen, oder ohne Unterschied, wenn sie auf sein Haus hereinragen, kann er verlangen, daß der Eigenthümer des Baumes, dort das Uebermaß (arborum sublucatio), hier den schädlichen Baum weghaue, und wenn dieser es unterläßt, es selbst thun und das Holz sich zueignen. Jedem, dem Eigenthümer sowohl als dem Nachbar, steht im Falle der Verhinderung an diesem Unternehmen das prohibitorische interd. de arboribus caedendis zu *z*). Hat sich der Baum durch die Gewalt des Windes allmählich auf des Nachbars Fundus geneigt, so kann dieser nur mit der negatoria actio verlangen, daß der Eigenthümer den Baum wegschaffe *a*).

7) Das Eigenthum des Nachbars ist auch durch die Befugniß des Andern beschränkt, seine überfallenden Früchte auf jenes Grund aufzulesen, und zum Schutze dieser Befugniß dient das interd. de glande legenda *b*).

3) Auch um Gegenstände meines Eigenthums, die

---

*z*) L. 1. de arbor. caed. (43, 27.)

*a*) L. 2. eod.

*b*) L. un. D. de glande leg. (43, 28.) Diese Bestimmungen sind jedoch im größten Theile von Deutschland bei dem zum Besten des Nachbars begründeten Früchte-Ueberfallsrecht nicht anwendbar. Die Früchte von dem Ueberhang gehören dem, auf dessen Grund sie fallen. Bayer. L. R. Thl. II. cap. 3. §. 20. n. 2. Ja dieser kann die Früchte selbst unabgefallen von den geduldeten überhangenden Aesten sich zueignen. Preuß. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 289. Oesterr. G. B. §. 422. und v. Zeiller's Commentar hiezu.

durch Gewalt des Wassers ꝛc. auf fremden Boden gekommen sind, wieder in meine Gewalt zu bekommen, muß der Eigenthümer des Bodens mir dessen Betretung gestatten, wogegen ich wegen des durch Hinwegschaffung der Sache etwa verursachten Schadens Caution zu leisten schuldig bin. Auf der andern Seite kann auch der Eigenthümer des Grundes, auf welchen meine Sache gerathen ist, deren Wegschaffung und Ersatz des angerichteten Schadens, oder daß ich meine Eigenthumsansprüche z. B. an das auf seine Wiese geschwemmte Holz aufgebe, verlangen *c*). — Endlich gehören hieher noch die Beschränkungen

9) wegen Aufnahme oder auch Zurückweisung des wilden Wassers von dem höher liegenden Grundstück des Nachbars (Vorfluth), wo im erstern Fall für den tiefer, im letztern für den höher liegenden Nachbar nach Umständen die Last begründet seyn kann;

10) wegen Einräumung eines Wegs durch mein Grundstück, wenn der Nachbar ausserdem nicht zu dem seinigen kommen könnte unter gewissen Bedingungen, wovon im folg. Kapitel.

Zur rechtlichen Behauptung oder Ablehnung dieser mancherlei Eigenthumsbeschränkungen, die jedoch, wie zum Theil schon bemerkt worden, nach deutschem Recht *d*) hie und da anders modificirt, auch wohl mit andern Arten vermehrt sind, dienen theils die römischen Servitutklagen (actio confessoria et negatoria) und zwar directe hinsichtlich der eigentlichen Servituten, utiliter aber in Ansehung dienstbarkeitähnlicher Verhältnisse, wovon in den nächstfolgenden Kapiteln ge-

*c*) L. 9. §. 1. de damno infecto (39, 2.) Boehmer de act. S. II. c. 4. §. 53.

*d*) Mittermaier Priv. Recht §. 149.

Digitized by Google

handelt werden wird, theils persönliche Klagen, namentlich die schon bemerkten interdicta de glande legenda und de arboribus caedendis, die actio aquae pluviae arcendae, und wegen besorglicher Nachtheile die cautio damni infecti, sowie die operis novi nunciatio und das interd. quod vi aut clam, wovon an seinem Ort (im IV. Abschn.) das Nöthige bemerkt werden soll.

## §. 78.

### Veräusserungsbeschränkungen.

Zu den in dem Eigenthum enthaltenen Rechten gehört auch das Recht der Veräusserung, es sey durch Uebertragung der Sache an einen Andern als Eigenthümer, oder durch Begebung gewisser im Eigenthum enthaltener Befugnisse als dinglicher Rechte zum Besten eines Andern, oder endlich auch schlechthin durch Aufgebung des Eigenthumsrechts an der Sache ohne Rücksicht auf einen bestimmten Erwerber (Dereliction). Dieses Veräusserungsrecht kann in Ansehung des zeitigen Inhabers des Eigenthums beschränkt seyn aus Gründen in seiner Person, namentlich wegen mangelnder Willensfähigkeit, oder aus Gründen, die in dem Gegenstande liegen. Hier ist nur von letztern die Rede, also von Hindernissen, wornach die Veräusserung a) überhaupt (absolut) oder b) nur in Beziehung auf gewisse Erwerber, oder c) im Interesse gewisser Betheiligten unstatthaft, oder d) nur unter Beobachtung gewisser Formen zulässig ist. Von dieser Art sind die Veräusserungen: ad a) von Sachen, die dem Verkehr überhaupt entzogen sind, ad b) von adeligen Gütern an Nichtadelige, von Häusern an Orten, wo keine Juden tolerirt sind, an solche zur eigenen Bewohnung, ad c) eines Lehens, eines Fideicommisses ꝛc. ad d) die von

Digitized by Google

dem Vormund einseitig unternommene Veräusserung eines Pupillenguts u. dgl. Das Veräusserungsverbot kann seine Entstehung haben: 1) in einem Gesetze, wie z. B. das Verbot der Veräusserung eines Dotalfundus, der Adventitien der Kinder von Seiten des Vaters, einer res litigiosa *e*) u. dgl. 2) in einer richterlichen Verfügung, wohin namentlich die Eröffnung des Concurses über eine zur Befriedigung der Gläubiger unzulängliche Vermögensmasse und besonders der hiebei erlassene s. g. offene Arrest, d. h. die mit einer Inhibition an die Schuldner der Masse verbundene öffentliche Beschlagnahme des Activvermögens des Cridars gehören *f*); 3) in einem Testament, endlich 4) in einem Vertrag.

## §. 79.

### Deren Wirkungen.

Was die Wirkungen einer verbotswidrigen Veräusserung betrifft *g*), so ist dieselbe nichtig, wenn ein Gesetz sie nicht bloß unter einer Strafe, oder zum Besten gewisser Betheiligten z. B. der Lehens- oder Fideicommiß-Interessenten, deren Zustimmung den Mangel hebt, sondern schlechthin für unzulässig erklärt, daher absolut verbietet. Ist die Veräusserung nur erst durch Vertrag

---

*e*) L. 4. C. de litigios. (8, 37.) Ueber die noch fortdauernde Anwendbarkeit dieses Verbots gegen die Meinungen Leyser's, Struv's, Berger's, Pufendorf's, Hommel's s. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forder. Rechte (II. Aufl.) §. 29. S. 341. u. Spangenberg im Archiv f. civilist. Praxis IX. S. 406.

*f*) Meine Schrift: über den Concursprozeß (Erl. 1827.) S. 15.

*g*) Vergl. Glück's Commentar XVI. S. 41 ff.

Digitized by Google

festgesetzt, aber noch nicht vollzogen, so kann kein Theil auf Erfüllung klagen *h*). Ist das verbotene Geschäft bereits zum Vollzug gekommen, so kann zwar nicht der wissentlich gegen das Verbot Veräusserende selbst, da niemand seine eigenen Handlungen als widerrechtlich anfechten kann *i*), doch jeder dabei Benachtheiligte die veräusserte Sache zurückfordern, und zwar nicht bloß von dem unmittelbaren Empfänger, sondern auch von jedem dritten Besitzer *k*). Selbst der Veräusserende ist ausnahmsweise hiezu befugt, wenn das gesetzliche Verbot lediglich zu seinem Besten besteht *l*), oder wenn die Veräusserung schlechthin einem Prohibitivgesetze entgegen ist, wie die eigenmächtige und mit Hintansetzung der landesgesetzlich deßfalls vorgeschriebenen Erfordernisse geschehene Alienation eines Gutspertinenzstücks. Die Klage ist die Reivindication, die in dem letztern Fall der eigenmächtigen Abtrennung eines Theils eines Gutskörpers nach deutschem Recht die Reunionsklage genannt wird *m*). Der Erwerber muß die Sache, wie bei der R. V. unentgeldlich herausgeben. Vindicirt der Veräusserende, wie ihm freilich gewöhnlich schon nach Pflicht seines beschränkten Eigenthums (z. B. als Vasall, Erbzinsmann) obliegt, so kann der Erwerber des

---

*h*) Wegen der Entschädigungsforderungen s. Glück S. 45. ff.

*i*) L. 25. pr. D. de adopt. (1, 7.)

*k*) L. 5. §. 15. D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9.) L. 16. D. de fundo dot. (23, 4.)

*l*) z. B. der schenkende Ehegatte L. 31. §. 2. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1.) L. 27. §. ult. de R. V. Der im Spiel Verlierende.

*m*) Eichhorn's Einleit. §. 154.

Digitized by Google

abgetrennten Stücks Ersatz des Kaufpreises und der Meliorationen fordern *n*).

Gleiche Bewandtniß wie mit dem gesetzlichen hat es mit dem richterlichen Verbote, wenn dasselbe gehörig verkündigt worden, also da, wo dieß im Wege öffentlicher Bekanntmachung geschieht, an den deßfalls partikulargesetzlich vorgeschriebenen Formen nichts mangelt.

Das durch ein Testament geschehene Verbot einer Veräusserung ist überhaupt nur in so weit verbindlich, als dabei ausgedrückt ist, zu wessen Vortheil es bestehe *o*). Ist dieses Erforderniß beobachtet, und ein rechtsbeständiges Fideicommiß errichtet, so kann die Sache, die demselben zuwider veräussert worden, zwar nicht von dem Veräusserudeu, doch von jedem Fideicommiß-Betheiligten, nach Umständen sofort oder nach eintretendem Anfalle des Fideicommisses, vindicirt werden *p*).

Ein durch Vertrag festgesetztes Veräusserungsverbot ist ordentlicher Weise unverbindlich *q*) und kann nur den Anspruch auf Entrichtung einer etwa stipulirten Conventionalstrafe begründen, oder wenn der Mitpaciscent ein besonderes Interesse hat, daß die Sache nicht veräussert werde, eine Klage auf das Interesse, nicht aber gegen den dritten Adquirenten. Nur wenn dieser Wissenschaft von dem Verbot hatte, also seines Dolus

---

*n*) Leyser Sp. 101. m. 1—4.

*o*) L. 114. §. 14. de legat. I. L. 38. §. 4. de legat. III.

*p*) L. 3. §. 2. u. 3. C. communia de legatis (6, 43.) Hommel Rhaps. VI. obs. 867.

*q*) Nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet. L. 61. D. de pactis (2, 14.)

Digitized by Google

wegen haftet r), oder für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags ein Eigenthumsvorbehalt stipulirt worden, verpflichtet das Verbot auch den Dritten, da die Sache mit ihrer Last auf ihn übergeht, und die Vindication findet auch gegen ihn Statt s). Der Hypothekvorbehalt allein würde dagegen die Veräusserung selbst nicht ungültig machen, sondern nur die Hypothekarklage geben, mit welcher gegen den dritten Erwerber nichts weiter als die Ansprüche ad id quod interest, wie gegen den ersten beschränkten Adquirenten, geltend zu machen wären.

Noch ist der Veräusserungs-Beschränkung Erwähnung zu thun, die in dem Näherrecht t) liegt und zwar sowohl in dem vertragsmäßigen Vorkaufsrecht (jus protimiseos) als in dem deutschrechtlichen, bloß auf Gesetzen und Gewohnheit beruhenden Einstands- oder Retractsrecht, mit der Verschiedenheit bei beiden, daß das erste als auf Vertrag beruhend nur den noch nicht durch Uebergabe vollendeten Kauf hindert und eine Klage bloß gegen den Verkäufer gibt, das Retractsrecht dagegen auch nach der Tradition geltend gemacht werden kann, und dem Berechtigten die Befugniß gewährt, durch die Retractsklage die veräusserte Sache nicht bloß gegen den Käufer, sondern, da sie eine actio in rem scripta ist u), auch gegen jeden dritten Besitzer zu verfolgen und deren Abtretung sammt den

---

r) Wernher in obs. P. II. obs. 425.

s) Glück XVI. §. 976. a. E. Hofacker princ. jur. civ. II. §. 891.

t) C. F. Walch vom Näherrecht (3. Ausg. Jen. 1795); Mittermaier's Priv. Recht §. 196. ff. Eichhorn's Einleit. §. 99 ff.

u) Eichhorn §. 103.

Digitized by Google

seit der verzögerten Restitution erhobenen oder vernachlässigten Früchten gegen Erstattung des Kaufgelds und der nothwendigen Verwendungen zu verlangen. Die Dauer dieser Klage ist übrigens auf Jahr und Tag beschränkt v), auch sonst der Retract als eine Beschränkung des freien Verkehrs mit Immobilien in den Gesetzgebungen der neuern Zeit nicht begünstigt.

Das Gesuch bei der Retractsklage geht dahin:

daß dem Kläger das Retractsrecht auf das von dem Mevius an den Beklagten verkaufte Landgut zustehe, daher Beklagter dieses sammt allem Zugehör und den seit . . . bezogenen Früchten und Nutzungen gegen Erstattung des bezahlten Kaufgeldes und der erweislich gemachten nothwendigen Verbesserungen dem Kläger abzutreten schuldig.

## §. 80.

### Schlußbemerkung.

Alle objective Veräusserungsbeschränkungen, die nicht auf der bekannten Eigenschaft der zu veräussernden Sache oder auf gesetzlichen oder richterlichen Verboten beruhen, und in sofern jeden Dritten verbinden, der davon Kenntniß haben muß, was die gesetzlichen Verbote betrifft, oder bezüglich auf Verbote des Richters, gehörig erlangt hat, sondern die auf Testamente oder Verträge sich gründen, müssen an Orten, wo förmliche Hypothekenbücher nach dem Prinzip der Oeffentlichkeit eingeführt sind, in diese eingetragen werden. Ausserdem verpflichten sie einen Dritten nicht, sofern er der Wissenschaft davon nicht überführt werden kann, unbeschadet im übrigen der persönlichen Ansprüche der Contra-

v) Ebendas. §. 104.

Digitized by Google

henten unter einander. Denn das Prinzip der Oeffentlichkeit äussert sich eben darin, daß jeder, der sich in ein Verkehr über Immobilien einläßt, von dem Inhalte des H. B. Kenntniß nehmen kann, und seines Interesse wegen nehmen muß. Daher kann niemand rücksichtlich dessen, was im H. B. enthalten ist, mit einer Unwissenheit sich entschuldigen, und auf der andern Seite kann niemand, der im guten Glauben nach dem Inhalte des H. B. sich richtet, zu seinem Nachtheil sich täuschen. Aber er muß im guten Glauben seyn; denn die Kenntniß von einer andern Beschaffenheit der Sache als das H. B. enthält, also z. B. von einer aus demselben nicht erhellenden aber wirklich bestehenden und dem Handelnden bekannten Last versetzt denselben in malam fidem, wovon er keinen Vortheil ziehen kann, da niemand betrügen oder wissentlich einen Irrthum sich zu Nutzen machen darf *w*).

---

# Zweites Kapitel.

## Klagen aus römischen Servituten.

### I. Petitorische.

### §. 81.

Klagen für und wider das Servitutrecht überhaupt.

Die petitorischen Klagen, deren Gegenstand ein Dienstbarkeitsrecht ist, sind von zweierlei Art. Sie gehen

---

*w*) Vergl. mein Handbuch des ger. Verfahrens in Sachen der freiwill. Gerichtsbarkeit Th. II. §. 267 ff. (2. Ausg.)

Digitized by Google

nämlich entweder auf die Behauptung der Zuständigkeit dieses Rechts oder auf Geltendmachung der Freiheit von demselben. Für den erstern Zweck dient die actio confessoria, für den letztern die a. negatoria. Der Grund der erstern, die, weil sie auf Vindication eines jus in re gerichtet ist, auch vindicatio servitutis heißt, ist die Zuständigkeit eines Servitutrechts an der Sache eines Andern, es sey zum Besten a) einer Person (servitus personalis) oder b) eines Grundstücks, — s. g. Grundgerechtigkeit (serv. realis s. praedialis). Zu einer Realservitut gehören immer zwei Grundstücke, ein berechtigtes (praedium dominans) und ein verpflichtetes (pr. serviens), welche sich in einem der Ausübung der Servitut nach ihrer Eigenthümlichkeit angemessenen Nachbarschaftsverhältniß zu einander befinden müssen. Der Zweck dieser Klage und so denn auch das Gesuch geht dahin:

(ad a) daß dem Kläger der Nießbrauch an des Beklagten Wiese; — die Wohnung in dessen Hause in der Dreikönigsgasse —,

(ad b) daß Klägers Gute die Schafhut auf des Bekl. Aeckern zu offenen Zeiten — zustehe;

mit dem s. g. (§. 17.) Neben- vielmehr Folge-Gesuch:

den Beklagten für schuldig zu erkennen, sich aller Störungen zu enthalten und deshalb Caution aufrecht zu machen, mit Erstattung aller Schäden und Kosten.

Nach Gelegenheit wird zugleich bezüglich auf die zum Nachtheile des Rechts des Klägers etwa geschehenen Unternehmungen der Antrag gemacht, alles wieder in den vorigen Stand zu setzen, z. B.

die zur Verhinderung der Wässerung des Klägers angebrachte Stämmung sofort wegzuschaffen — den unbefugt abgepfändeten Stier ungesäumt herauszugeben u. dgl.

Digitized by Google

Die actio negatoria x) gründet sich auf das Eigenthum und ist gegen einen Eingriff in selbiges durch die Anmaßung eines Dienstbarkeitsrechts gerichtet, wenn sie schon auch ausser dem Fall einer behaupteten Servitut Statt finden kann. Das Gesuch geht auf Aussprechung der Befreiung von der angemaßten Dienstbarkeit überhaupt (negatoria absoluta) oder in der sich erlaubten Ausdehnung (— restrictiva), und das s.g. Nebengesuch auf Cautionsleistung gegen weitere Störungen. Bei dieser Klage ist also das Klagfundament kein anderes als das Eigenthum, gleichwie bei der Reivindication, indem sich diese von jener nur in Ansehung ihres Umfangs oder darin unterscheidet, daß bei der Eigenthumsklage eine totale, bei der Negatorienklage dagegen nur eine partielle Eigenthumsverletzung die Veranlassung der Klage ist.

Diese Klagen, die confessoria und negatoria, stehen, jene dem Servitutansprecher gegen den Eigenthümer des der Servitut angeblich unterworfenen Grundstücks, diese dem Eigenthümer zu, so wie nützlich jedem, der bei der Erhaltung, dort der Servitut, hier der Freiheit des Eigenthums, ein besonderes Interesse hat, das übrigens freilich nicht zu weit hergeholt seyn muß y).

Mehrere Theilhaber an der Servitut oder an dem belasteten Grundstück nehmen an dem Vortheile des mittelst der Confessorien- oder Negatorienklage von einem der Mitinteressenten gewonnenen Prozesses Theil; aber

---

x) G. F. Puchta über die Negatorienklage. Im Rhein. Museum Bd. I. S. 165 ff.

y) Berger oec. jur. L. II. Tit. 3. thes. 22. Nota 4 sq. — Kind quaest. for. T. III. c. 18. (ed. II.)

Digitized by Google

der Verlust des Prozesses mit der Klage des Einen schadet den Uebrigen nicht z).

Beide Klagen stehen sowohl dem Besitzer als dem Nichtbesitzer des streitigen Rechts zu a). Es kann also der die Servitut Behauptende in jedem Falle, er mag im Besitze seyn oder nicht, confessorisch, so wie der Eigenthümer negatorisch klagen, indem die Regel, daß bei Vindicationen der Nichtbesitzer gegen den Besitzer klage, nur bei körperlichen Sachen, nicht aber hier Anwendung findet, wo von unkörperlichen die Rede ist. Ich kann mich daher durch eine Pfändung im Besitze der Freiheit meines Grundstücks gegen das angemaßte Hutrecht meines Nachbars erhalten, und doch die Negatorienklage anstellen, um vor weitern Anmaßungen gehörig gesichert zu werden. Doch ist es gewöhnlicher, daß der Besitzer den Andern klagen läßt. Ist vollends sein Besitz in possessorio ihm rechtskräftig zuerkannt, so leidet es ohnehin kein Bedenken, wer die Rolle als Kläger zu übernehmen habe. Der Besitzer kann hier höchstens zu einer provocatio ad agendum veranlaßt seyn.

Die Stelle der cautio de non amplius turbando b) vertritt gewöhnlich ein richterliches Verbot unter Androhung einer fiscalischen Strafe. (Seite 133. Note c))

## §. 82.

### Die confessorische Klage und die publiciana in rem actio.

Bei der Behauptung einer Personal- sowohl als

---

z) L. 4. §. 3. si serv. vind. (8, 5.) Glück X. S. 236.

a) §. 2. J. de act. (4, 6.) L. 5. §. 6. si ususfr. pet. (7, 6.) L. 6. §. 1. si serv. vind. (8, 5.)

b) L. 7. si serv. vind. (8, 5.) L. 7. de aqua quot. (43, 20.)

Digitized by Google

Realservitut vor Gericht kann man sich bald der confessoria, bald nur der publiciana in rem actio bedienen, der erstern entweder directe oder utiliter. Man kann nämlich I. bloß die Begründung der Zuständigkeit des Dienstbarkeitsrechts an sich, oder II. bei Realservituten das Rechtsverhältniß des Klägers zu dem berechtigten Grundstück in das Auge fassen. Hiernach findet in der erstern Richtung bald die confessorische bald die publicianische Klage, in der letztern bald confessoria directa bald utilis Statt. Es kann aber auch III. der Gegenstand des Rechts selbst von der Art seyn, daß die confessorische Klage (was auch von der negatoria gilt) nur analog Anwendung findet. Hierüber ist nun folgendes zu bemerken.

ad I. Ist der Erwerb des Servitutrechts den civilrechtlichen Forderungen der Adquisition eines dinglichen Rechts gemäß begründet, das Recht also entweder durch Privatwillen (Vertrag oder Testament) oder durch richterlichen Ausspruch, besonders im Fall der Constituirung eines nothwendigen Dienstbarkeitsrechts, bestellt, oder endlich dasselbe durch erwerbende Verjährung (Ersitzung) erworben, so findet die actio confessoria Anwendung. Allein es kann an den Erfordernissen des Erwerbs ein Mangel sich zeigen; es kann z. B. der Besteller einer Wegegerechtigkeit nicht als wahrer Eigenthümer des von ihm belasteten Grundstücks nach den Bedingungen des Civilrechts erscheinen. Die Folge ist, daß der Erwerber der Servitut, da er nicht mehr Rechte erlangen konnte, als ihm der Verleiher zu übertragen befugt war, nicht mit der confessoria actio auftreten kann, wenn ihm der Besitzer des belasteten Grundstücks ein Hinderniß macht. Indessen er ist im Besitze des Rechts, und wenn dieser Besitz aus einem zur Erwerbung des dinglichen Rechts an sich tüchtigen Titel und red-

redlicher Weise angefangen hat, also daß zum Erwerb durch Usucapion nur noch der Zeitablauf fehlt, um diesen Erwerb auch nach dem Civilrecht als vollendet anzunehmen, mit andern Worten: wenn der Besitzer als Civilbesitzer (§. 46. 7.) erscheint, so kommen ihm die Gesetze zu Hülfe, sofern als sein Recht auf diese Weise wenigstens stärker ist als das seines Gegners. Dieß, daß der Beklagte ein schwächeres Recht hat, kann der Fall seyn, wenn er selbst das dienende Grundstück aus einem civilrechtlich unvollkommenen Eigenthumstitel, etwa als Erbe des unberechtigten Servitutbestellers, besitzt, oder auch darum, weil die Servitut von ihm zwar als wahrem Eigenthümer, jedoch auf eine strengrechtlich unverbindliche, nichts destoweniger aber nach der Billigkeit aufrecht zu haltende Weise bestellt worden ist. In diesen Fällen hat der Servitutberechtigte zwar nicht die confessorische Klage, wohl aber gibt ihm das prätorische Recht die publiciana in rem actio c). Uebrigens muß man sich die Regel nicht gerade so vorstellen, als ob der Kläger schon im Klaglibelle diese schwachen Unterlagen des Fundaments seines Anspruchs zur Schau trüge und darnach ein anderes Petitum als bei der confessoria stellte. Er wird sich überhaupt auf sein Servitutrecht berufen, da er ja ohnehin den entfernten Klaggrund nicht anzuführen braucht (§. 14.), und ohne, wie man sagt, die Replik zu anticipiren, erst die Einreden seines Gegners abwarten. Indessen sind es eben doch immer diese die publicianische Klage begründenden Rechtssätze, worauf er wenigstens replicando festen Fuß zu fassen und sein Klagrecht zu unterstützen suchen muß.

c) L. 11. §. 1. de publ. in rem act. (6, 2.)



Digitized by Google

## §. 83.

### Fortsetzung.

ad II. In Beziehung auf das Recht des Klägers an dem berechtigten Grundstück können zweierlei verschiedene Verhältnisse eintreten:

A. der Kläger ist wahrer (civilrechtlicher) oder auch nur prätorischer Eigenthümer; hier steht ihm im erstern Verhältniß die conf. actio **directa**, im letztern die publicianische Klage zu.

B. Ist er nicht Eigenthümer, sondern hat er nur ein dingliches Recht an dem praedium dominans, als Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger, so kann er sich der confessorischen Klage nur **utiliter** bedienen; denn die Klage ist eigentlich bloß dem Eigenthümer gegeben. Anders als bei dem Faustpfandgläubiger verhält sich die Sache bei dem Hypothekgläubiger, der den Gegenstand seiner Sicherheit nicht in der Hand, daher auch nicht so nahen Anlaß und Gelegenheit wie der Pfandgläubiger hat, die Abwehrung von Störungen bei Ausübung eines Servitutrechts oder von Anmaßungen eines solchen zum Nachtheil der ihm verschriebenen Sache geltend zu machen. Wenn daher von ihm der Schuldner nicht zu veranlassen ist, die hierdurch bewirkte Verminderung des Hypothekwerths durch Anstellung der Confessorien — resp. Negatorienklage zu beseitigen, so bleibt dem Gläubiger nichts anders übrig, als seine Forderung aufzukündigen und nöthigenfalls einzuklagen, oder auch, wenn der Schuldner im betrügerischen Einverständniß mit dem Servitutpflichtigen oder Servitutanmaßer, somit einer Veräusserung eines Hypothekzugehörs sich schuldig gemacht hat, von der paulianischen Klage oder dem int. fraudatorium Gebrauch zu machen und durch Rescission des gefährdevoll unternommenen

Handels die Restitution des entzogenen Theils seiner Hypothek zu bewirken. — Auch der Usufructuar kann sich der confessorischen Klage nicht in eigenem, sondern nur in Vollmachtsnamen des Proprietars bedienen; doch steht ihm auch die Vindication des Nießbrauchs zu, der durch die gehinderte Servitut gestört wird. Gehört also zu dem Gute A. dessen Nießbrauch mir zusteht, die Weidegerechtigkeit auf dem Gute B. und der Besitzer des letztern bestreitet diese Gerechtigkeit, so kann ich gegen denselben die confessorische Klage Namens des Proprietars des Guts A. anstellen, wobei ich jedoch auch ohne besondere Vollmacht schon durch die Verleihung des Nießbrauchs als legitimirt angenommen werde *d*); oder ich kann in eigenem Namen klagen, so nämlich, daß ich zwar nicht das Servitutrecht, wohl aber den gehinderten Nießbrauch zum Gegenstande der Vindication mache *e*). Dort geht also mein Klaggesuch dahin:

daß dem Gute A. die Weidegerechtigkeit auf dem Gute B. zustehe —

hier:

daß ich bei dem Nießbrauche des Guts A. und folglich bei der demselben zustehenden Weidegerechtigkeit auf dem Gute B. gegen den derselben widersprechenden Beklagten als Besitzer dieses Guts zu schützen.

ad III. Der Fall, wo der Gegenstand des Rechts selbst so beschaffen ist, daß die confessorische oder auch die negatorische Klage nur analog Anwendung findet, trifft sowohl bei den servitutähnlichen Institutionen nach deutschem Recht, namentlich bei den Reallasten der Bauergüter, als auch bei andern den Römern eben so unbekannten Rechtsverhältnissen ein, kraft deren ein sin-

*d*) Boehmer de act. sect. II. c. 2. §. 37.

*e*) L. 1. pr. L. 5. §. 1. si usufr. pet. (7, 6.)

guläres Recht behauptet oder gegen dasselbe die natürliche Freiheit oder eine Ausnahme von der gemeinrechtlichen Gleichheit der Rechte in Anspruch genommen wird. Von dieser Art Rechten wird in den folgenden Kapiteln die Rede seyn.

## §. 84.

### Die Negatorienklage.

Der Grund dieser Klage ist, wie schon vorhin (§. 81.) bemerkt worden, das Eigenthum, welches der Kläger mit dieser Klage gegen einen theilweisen Eingriff eines Andern in dasselbe, eben so, wie mit der Reivindication gegen eine totale Verletzung geltend macht. Ein solcher Eingriff, wenn er sich schon auch auf andere Weise denken läßt, ist doch hauptsächlich stattfindend bei der Behauptung einer, von dem Kläger entweder gänzlich oder in der behaupteten Ausdehnung widersprochenen Servitut, also wenn die behauptete Weidegerechtigkeit überhaupt, oder rücksichtlich eines von dem Beklagten willkührlich vermehrten Standes des Weideviehes u. dgl. verneint wird. Da der Beklagte ein dem freien Gebrauch unserer Sache, mithin der Eigenthumsfreiheit entgegenstehendes Recht behauptet, und dadurch zur Klage Veranlassung gibt, so pflegt man auch wohl zu sagen, daß die Freiheit des Eigenthums Grund der Klage sey, was jedoch nur uneigentlich mittelst Verwechselung verschiedener Begriffe gesagt werden kann. Denn die Anfechtung der Freiheit kann zwar Veranlassung der Klage werden, und muß bei unserer Klage nothwendig vorausgesetzt werden, weil sonst actio nondum nata seyn würde; aber es liegt darin so wenig als in jeder Rechtsverletzung eine Berechti-

Digitized by Google

gung zur Klage selbst *f*). Allerdings ist aber die Anerkennung der Freiheit des Eigenthums, so wie deren Verweigerung die Klage herbeiführt, auch der Zweck der Klagstellung, und darum geht auch das Gesuch principaliter auf den richterlichen Ausspruch, daß unser Eigenthum von der angemaßten Befugniß frei sey. (§. 16.)

Dieser Begriff des eigentlichen Klaggrundes ist auch für die richtige Vorstellung von der Beweislast wichtig, wie sogleich sich ergeben wird. Wenn übrigens gleich die negatorische Klage von der Reivindication nur in Ansehung ihres Umfangs sich unterscheidet, und streng genommen keine Servitutklage ist, so kommt sie doch gewöhnlich nur bei Servituten vor, und wird durch eine Eigenthums-Beeinträchtigung veranlaßt, die ordentlicher Weise in das Gebiet der Servituten gehört. Daher wird sie ganz richtig hier behandelt, wo sie auch alle practische Schriftsteller behandeln, so wie sie auch schon der Pandecten-Titel: si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur, mit der confessorischen Klage in Verbindung setzt.

## §. 85.

### Ueber die Beweislast bei den Servitutklagen.

Diese Materie gehört, besonders was die Negatorienklage betrifft, unter diejenigen, worüber die Quellen keine befriedigende Auskunft gewähren, weshalb auch die Rechtsgelehrten darüber nicht einig sind *g*). Die Verschiedenheit der Ansichten betrifft hauptsächlich A. die

*f*) G. F. Puchta a. a. O. Seite 179.

*g*) Vergl. Glück's Comment. X. §. 687. und die dort angeführten Rechtsgelehrten, besonders auch C. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen §. 167 ff.

Digitized by Google

Scheidung des Beweises in einen Legitimations- und Hauptbeweis, B. den Einfluß des Besitzes auf die Beweislast. Man unterschied nämlich nach der ältern Theorie bei Realservituten

ad A. von dem Hauptbeweise des Klaggrundes den Beweis der legitimatio ad causam, oder: daß dem Servitutansprecher das praedium dominans, und bei der Negatorienklage dem Servitutwidersprecher das angeblich dienende Gut eigenthümlich zustehe, indem man diesen Beweis zur festen Grundlage des ganzen Streits für wesentlich und präjudiciell hielt. Weil indessen das Eigenthum resp. des berechtigten oder des belasteten Fundus nicht principaliter, sondern nur incidenter zur Sprache kam, so gab man zu, daß hier ein summarischer Beweis und, was man damit für gleichbedeutend hielt, eine bloße Bescheinigung zum Ausweis des Eigenthums und somit zur Legitimation des Klägers hinreichend sey. Doch nahm man schon den bloßen Besitz statt der Bescheinigung des Eigenthums als zur Legitimation hinreichend an *h*).

ad B. Was den Hauptbeweis und insonderheit den Einfluß des Besitzes auf denselben anlangt, so nahm man an, daß a) bei der Confessorienklage der Beweis der Servitutzuständigkeit dem Kläger obliege, ausser wenn er sich im Besitze der Servitut befand, in welchem Falle der Beklagte die Befreiung von derselben beweisen sollte. Doch forderten Andere ohne Rücksicht auf den Besitz den Beweis von dem Kläger. b) Bei der Negatorienklage, wo man die behauptete Freiheit des Eigenthums als den Grund der Klage annahm, müsse der Beklagte die Servitut beweisen, da ihm die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums entgegenstehe, dessen

*h*) Glück S. 248. Note 94.

Zuständigkeit der Kläger durch den Legitimationsbeweis (ad A.) dargethan habe.

Gegen diese Theorie und besonders gegen die Spaltung des Beweises in den Legitimations- und Hauptbeweis sind neuerlich erhebliche Zweifel erregt worden, vornämlich auch gegen die vermeinten Erfordernisse des erstern *i*). Man erkennt in dem s. g. Legitimationsbeweise nichts anderes als einen ergänzenden Theil des Hauptbeweises. Wer also eine Servitut für sein Grundstück anspricht, muß, wenn ihm dessen Eigenthum widersprochen wird, nothwendig vollständig, mithin nicht durch eine s. g. bloße Bescheinigung *k*), sein Eigenthum, wenigstens das prätorische dociren. Es ist aber auch für einen besondern Legitimationsbeweis kein practisches Bedürfniß vorhanden. Der Fall, wo dem confessorisch oder negatorisch Klagenden das Eigenthum des berechtigten, beziehungsweise verpflichteten Grundstücks streitig gemacht wird, gehört zu den seltenen Erscheinungen *l*). Die Einrede des Beklagten geht gewöhnlich nur auf das Nichtdaseyn resp. Daseyn des Dienstbarkeitsrechts, sey es daß der schlichte Verstand nur auf das sieht, worauf es zunächst eigentlich ankommt: auf die Dienstbarkeit

---

*i*) Siehe Puchta in der angef. Abhandlung.

*k*) Ueber den Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung — vergl. Zeitschr. für Civilr. und Prozeß I. Bd. S. 293.

*l*) Der Verfasser kann dieses wenigstens aus einer 36jährigen Richteramtsführung, während welcher unzählige Servitutprozesse vor ihm verhandelt wurden, bezeugen, ohne damit, was er wahrgenommen, gerade für eine ausnahmslose Regel ausgeben zu wollen. Vielleicht stützt sich auch seine Erfahrung bloß darauf, daß er dergleichen Prozesse meist mit schlichten, der Winkelzüge der Chicane unkundigen Landleuten verhandelt hat.

Digitized by Google

oder die Freiheit, oder darum, weil nach unserer Verfassung, wo das Eigenthum an Grund und Boden so sorgfältig unter die Aufsicht der Staatsbehörden genommen und durch öffentliche Kataster, Grund- und Hypothekenbücher und gerichtliche Erwerbsurkunden controlirt ist, überhaupt nicht wohl ein Zweifel entstehen kann, der nicht sofort zu berichtigen wäre. Dieß kann nun allerdings incidenter und summarisch geschehen, geschieht aber nicht durch bloße Bescheinigung, sondern auf eine vollständig befriedigende Weise, gewöhnlich auf dem angedeuteten Weg durch Schwarz auf Weiß; wo nicht, so wird die bestrittene Eigenthumsfrage, wie die über die Dienstbarkeit, im Hauptbeweisverfahren behandelt.

## §. 86.

### Fortsetzung; besonders über den Einfluß des Besitzes auf die Beweislast.

Wichtiger ist die Frage um den Hauptbeweis, besonders in wiefern der Besitz hiebei einen Einfluß hat, als worüber die Ansichten der Rechtsgelehrten von jeher und noch bis jetzt von einander abweichen *m*). Wichtige Autoritäten sind dafür, daß der Kläger den Beweis des ihm widersprochenen Klaggrundes, mithin bei der Confessorienklage den Beweis der Servitut, ohne Rücksicht auf den Quasibesitz derselben, und bei der Negatorienklage den Beweis des Eigenthums — nicht der Freiheit desselben zu führen habe, daß jedoch in letzterer Beziehung der Beweis des prätorischen Eigenthums, folglich des Usucapionsbesitzes genüge. Dagegen räumen Andere dem Besitz noch immer ein entscheidendes Ge-

*m*) Vergl. die in Mackeldey's Lehrbuch §. 293. Note • (IX. Ausgabe) angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

wicht ein, so daß also der im Besitz befindliche confessorisch Klagende vom Beweise frei sey, vielmehr dem Eigenthümer der Beweis der Freiheit obliege.

Vielleicht geht der Richter nicht irre, wenn er folgende, ausdrücklichen gesetzlichen Regeln und der Analogie des Rechts, so wie den parteilichen Verhältnissen bezüglich auf die Beweisführung angemessene Grundsätze zur Richtschnur annimmt.

1) Der Servitutansprecher klagt possessorisch. Da er hier behauptet, daß er sich im Quasibesitze des Dienstbarkeitsrechts befinde, und darin von dem Beklagten gestört werde, so muß er den ihm widersprochenen Klaggrund also seinen Besitz und die Störung beweisen. Hat er dieses, so erhält er im Possessorium ein obsiegliches Urtheil, und es ist nun Sache des Beklagten, wie er etwa durch Anstellung der Negatorienklage von der Last sich zu befreien suchen will.

2) Klagt der die Servitut Behauptende petitorisch mit der Confessorienklage, so muß er den ihm widersprochenen Klaggrund also das Recht der Servitut beweisen, wozu denn bei Realservituten a) nach Umständen der Beweis des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechts an dem berechtigten Grundstück oder der s. g. Legitimationsbeweis, wenigstens nach den Erfordernissen der publicianischen Klage, b) der Beweis der Zuständigkeit des Servitutrechts gehört. Da es sich hier nicht um das Recht des Besitzes, sondern um das Recht zu besitzen handelt, so kann der bloße Besitz als ein factisches Verhältniß nicht von der Beweislast befreien, der confessorische Kläger also darum allein, daß er sich in einem das Possessorium begründenden Besitz befindet, von dem Beweise des Rechts zu besitzen sich nicht dispensirt erachten.

3) Der Eigenthümer klagt mit der negatoria. Da

Digitized by Google

deren Grund das Eigenthum ist, dessen partielle Verletzung die Klage veranlaßt, so muß der Kläger den Beweis des Eigenthums führen, wenn dieses von dem Beklagten in Abrede gestellt wird. Zu diesem Beweise reicht aber das nachgewiesene prätorische Eigenthum vollkommen hin, daher auch der Kläger vorsichtig die ohnehin nicht nothwendige Berufung auf das wahre Eigenthum unterlassen, vielmehr der publiciana actio gemäß bloß anführen wird: „der Beklagte maßt sich unbefugter „Weise der Dienstbarkeit einer Fuhre durch meine „Wiese an."

4) Gesteht der Beklagte dem Kläger das Eigenthum des dienenden Grundstücks zu, oder geht er, was wohl gewöhnlich der Fall seyn wird, stillschweigend darüber hinweg, so räumt er mit dem Anerkenntniß des Eigenthums zugleich alle Eigenschaften und Wirkungen desselben ein, und seine mit diesem Anerkenntniß in Widerspruch stehende Servitutbehauptung erscheint als Einrede, von deren Beweis ihn, dem vorhin (nr. 2 b.) bemerkten Grundsatze gemäß, der bloße Besitz nicht befreien kann. Alles dieses folgt aus den allgemeinen Rechtsregeln über die Beweislast, wornach der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte aber seine Einreden, rücksichtlich deren er in das Verhältniß eines Klägers tritt, beweisen muß *n*). Hier kann also der bloße Besitz dem Beklagten allenfalls nur als Beweisbehelf dienen.

*n*) Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. L. 2. D. de probatt. (22, 3.) — Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. L. 21. eod. — In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere. L. 19. eod. — Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L. 1. de excepl. (44, 1.)

Digitized by Google

5) Nur wenn der Beklagte in possessorio gesiegt hat, also der Quasibesitz seines Servitutrechts vom Richter anerkannt worden ist, ist es eben eine Wirkung des richterlich ausgesprochenen Schutzes, der ausserdem keine Realität haben würde, daß der gegenwärtige Zustand beobachtet werden muß, bis eine Veränderung rechtlich bewirkt wird. Diese Veränderung zu bewirken hat aber der Besitzer kein Interesse, sondern nur der die Befreiung von der Last behauptende Eigenthümer. Dieser muß also das beibringen, was dazu gehört, diese Veränderung herbeizuführen, d. h. er muß, gegen die durch das possessorische Erkenntniß begründete Vermuthung der Nichtfreiheit die Freiheit seines Grundstücks beweisen. Und hier ist es, wo sich der ausdrücklich in den Gesetzen anerkannte *o*) Vortheil des Besitzes bezüglich auf die Last des Beweises äussert. Dagegen kann von dem der richterlichen Bestätigung entbehrenden Besitze diese Wirkung nicht angenommen werden, eben weil er nicht als ein ausgemachtes Rechtsverhältniß erscheint.

6) So oft der Beklagte, es sey indem er affirmativ in den Streit sich einläßt, oder auch neben seiner negativen Einlassung, (hier eventuell) peremtorische Einreden vorbringt, die das zugestandene oder etwa zu erweisende Klagfundament entkräften sollen, und auf widersprochenen Thatsachen beruhen, muß er den Beweis führen. Dieß gilt auch von dem Kläger bezüglich auf die Repliken. Demnach muß der mit der Confessorienklage angegriffene Eigenthümer die Einrede der Verjährung, des

*o*) Commodum possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura contra petitorem judicari solet. §. 4. I. de interd. (4, 15.)

Digitized by Google

precarii etc., der mit der negatoria auftretende Eigenthümer, wenn er einer der Freiheit des Grundſtücks entgegenſtehenden Exception mit einer Replik, z. B. der Einrede der vertragsweiſen Verleihung mit der Replik der Ungültigkeit des Geſchäfts oder des Verzichts begegnet, den Beweis dieſer Einrede und Gegeneinrede führen. Der mit der confess. actio den Nießbrauch fordernde Kläger hat alſo nichts zu beweiſen, wenn ihm der beklagte Eigenthümer zwar die Verwilligung des Nießbrauchs zugeſteht, jedoch vorſchützt, er ſey mit dem Kläger übereingekommen, daß dieſer bis zu einer gewiſſen Zeit denſelben nicht fordern wolle (exc. pacti conventi temporalis). Denn dieſe Einrede muß der Beklagte beweiſen. Geſteht aber der Kläger das fragliche Uebereinkommen zu, und behauptet nur, daß er dazu betrüglich verleitet worden (replica doli), ſo muß er hier den Beweis führen *p*). Anders verhält ſich die Sache, wenn ein qualificirtes Geſtändniß der Klage oder Einrede gemacht worden, welches der Gegentheil nicht getrennt annehmen kann, wo vielmehr die Regel eintritt: qui excipit non fatetur. Es wird aber vorausgeſetzt, daß die dem Geſtändniß beigefügte Limitation nicht als eine ſelbſtſtändige, das Recht des Klägers, ſo weit es aus dem Zugeſtandenen fließet, zerſtören ſollende Behauptung erſcheint. Denn erſcheint ſie ſomit als Exception, ſo iſt das Zugeſtandene von der Modification immer trennbar. Stellt aber das beſchränkte Eingeſtändniß das Recht des Gegners als unvollſtändig dar, ſo gilt es für eine verneinende Einlaſſung *q*). Es leuchtet hieraus von ſelbſt ein, daß ſich der Excipient

*p*) L. 19. pr. D. de probatt. (22, 3.) L. 3. de exc. (44, 1.) Martin's Lehrbuch §. 182.

*q*) Gönner's Handbuch II. n. 43. §. 18 ff.

vorsichtig hiebei äussern muß, um keinen Zweifel zu veranlassen, was er von dem klägerischen Vorbringen habe zugestehen wollen, also wiefern er sich durch negative Litiscontestation und bloß eventuell durch eine Einrede, oder lediglich durch eine Einrede habe vertheidigen wollen.

## §. 87.

### Klage auf Einräumung einer s. g. nothwendigen Dienstbarkeit.

Die confessorische Klage setzt das Daseyn einer Servitut voraus. Allein auch eine erst zu constituirende kann Gegenstand rechtlicher Verfolgung werden. Ist nämlich jemandem ein Dienstbarkeitsrecht durch Vertrag oder Testament zugesichert worden, so kann der Berechtigte gegen den die Erfüllung verweigernden Promittenten mit der Contractsklage, oder gegen den Erben aus dem Testamente klagbar auftreten. Hier ist indessen nicht von diesem Falle, der an sich keine Schwierigkeiten darbietet, die Rede, sondern von dem, wo es sich um eine s. g. servitus necessaria handelt, wo nämlich der Eigenthümer, auch ohne eine durch Vertrag oder durch Erbschaftsantretung eingegangene Verbindlichkeit, aus besonders gesetzlich gebilligten Gründen selbst wider seinen Willen dahin gebracht werden soll, einer Servitutlast sich zu unterwerfen, weil sie zur Erhaltung eines andern Grundstücks und des dem Besitzer daran zustehenden Rechts für unentbehrlich erkannt wird. Dieser Fall, wo der Richter einem Grundstück eine Servitut (per adjudicationem) auferlegt, tritt bei Prädialservituten oder s. g. Grundgerechtigkeiten, besonders in Folge einer Theilung von Grundstücken ein, die bisher nur einen Besitzer hatten, jetzt aber in mehrere Hände kom-

Digitized by Google

men. Da der bisherige Zuſtand, wornach der Beſitzer über ſein Eigenthum nach Belieben verfügen, folglich auch das eine Grundſtück als Mittel für die Zwecke des andern gebrauchen konnte, mit der vorgegangenen Theilung aufhört, ſo muß bei dieſer Theilung Vorſehung getroffen werden, daß der veränderten Umſtände ungeachtet der Zweck noch erreichbar ſey, ſofern derſelbe nothwendig erſcheint. Hatte alſo der bisherige Beſitzer zur Bewäſſerung ſeines Gartens das Waſſer aus der Quelle geleitet, die in ſeiner daran liegenden Wieſe entſpringt, oder hatte er als Ziegelbrenner den Lehm aus ſeinem Acker geholt, er hat aber nunmehr die Wieſe, den Acker, verkauft, ſo gibt er mit dem Eigenthume des Grundſtücks natürlich auch die Befugniß der bisherigen Benützung auf, wenn er ſich dieſe Befugniß nicht vorbehält, die er dann kraft dieſes Vorbehalts nach Recht einer Servitut ausübt.

Aehnliche Servitutbeſtellungen beſonders von Wegegerechtigkeiten treten bei der Theilung von Gemeindegründen und bei Dismembrationen gebundener Güter ein. Was im bisherigen Zuſtande nach Recht des Mit- oder Allein-Eigenthums über alle, in dem Verhältniß der Leiſtung und Annahme der Unterſtützung zu einander ſtehenden Grundſtücke geſchah, ſoll fürohin als ein vom Eigenthume des einen Grundſtücks zum Beſten des andern abgeſondertes Recht, als ein jus in re aliena, ausgeübt werden. Darüber, als über eine Bedingung der zweckmäßigen Theilung, müſſen ſich nun die Intereſſenten vor allen verſtändigen, und der die Theilung dirigirende Richter muß, wenn ſie entweder die Nothwendigkeit oder die zweckmäßigen Modalitäten der deßfallſigen Uebereinkunft nicht ſelbſt erkennen, ſeine Rechtsfürſorge und ſein Vermittelungsamt durch die geeigneten Vorſchläge geltend machen. Wollen dann die Betheiligten

Digitized by Google

in Güte sich nicht vereinigen, so kommt es darauf an, ob die Theilung nothwendig, wenigstens auf den Antrag Eines oder Mehrerer der Betheiligten eintreten muß oder nicht. Im letzten Fall, welcher in den erwähnten Beispielen von einem Grundstückverkauf oder einer Güterdismembration eintritt, findet nur ein indirecter Zwang in sofern nämlich Statt, daß der Richter das Geschäft nicht bestätigt, wenn die Contrahenten sich nicht zu einem sachgemäßen, künftigen Verlegenheiten, Irrungen und Prozessen vorbeugenden Abkommen verstehen; wiewohl es kaum bis dahin kommen wird, daß die Parteien nicht von selbst einsähen, was ihnen für ihr Vorhaben nützlich oder gar unentbehrlich ist. Denn jeder Erwerber eines Theils eines zertrümmerten Guts, oder sonstigen vorhin vereinten Grundstück-Complexes begreift von selbst, daß er in den Acker, in die Wiese, die von andern Grundstücken umgeben ist, nicht durch die Luft kommen kann, daß ihm also die benöthigte Fuhre (und so nach Gelegenheit eine andere nothwendige Servitut) gewährt werden muß; er sieht sich daher in Zeiten schon vor, sowie bei freiwilligen Theilungen einer Gemeinheit die Interessenten ohnehin die Modalitäten der schicklichen Abtheilung sich gefallen lassen müssen, wenn sie nicht das Unternehmen aufgeben wollen. Hier kann also überall nicht eigentlich die Frage von einem directen Zwange seyn. Dieser tritt nur ein bei einer nothwendigen Theilung, d. h. so oft auf den Grund einer Theilungsklage die Theilung mit ihren Modificationen auch wider den Willen eines oder mehrerer Participanten durchgesetzt werden muß. Zwar wird auch hier zuvörderst eine gütliche Auseinandersetzung nach Möglichkeit versucht. Schlägt aber diese fehl, so bestimmt nöthigenfalls nach Vernehmung Sachverständiger der Richter die Art und Weise, wie die Abtheilung erfolgen solle.

Digitized by Google

## §. 88.

Fortsetzung.

Von diesen Fällen, wo einer Theilung wegen eine Servitut aufzulegen, ist also hier zunächst nicht die Rede, sondern davon:

wenn zwischen zwei entweder schon länger ohne einen Servitutvorbehalt getheilten oder auch nie vereinigt gewesenen Grundstücken die Nothwendigkeit eintritt, daß der Besitzer des einen Grundstücks zum Besten des Besitzers des andern etwas leiden muß oder nicht thun darf?

Für diesen Fall finden wir in den gesetzlichen Quellen keine Bestimmung; das practische Recht hat aber auf die Autorität der Rechtsgelehrten und die analoge Anwendung einer singulären Bestimmung des R. R. (L. 12. D. de religiosis — 11, 7. —) eine solche Bestimmung begründet r). Wenn nämlich mein Grundstück ohne eine gewisse Einschränkung des Eigenthums eines Grundstücks meines Nachbars ganz oder doch zum Theil unbrauchbar werden würde, so muß sich mein Nachbar jene Einschränkung gegen Entschädigung gefallen lassen. Dieser Nothfall kann nicht darauf bezogen werden, wenn ich an meinem Grundstück eine willkührliche Veränderung in seiner Gestalt oder Nutzungsart vorgenommen habe, überhaupt wenn ich bloß meinen Nutzen befördert, und dadurch mich in den Zustand des Bedürfnisses der Vergünstigung von Seiten meines Nachbars versetzt habe; denn dieß würde den ersten Regeln des Rechts widerstreiten und den Begriff vom Eigenthum zerstören. Habe ich

r) Glück IX. §. 628. und die dort angeführten Schriftsteller.

ich daher meinen Fischteich in eine Wiese verwandelt, so muß ich sehen, wie ich ohne das Grundstück meines Nachbars mehr als sonst dießfalls in Anspruch zu nehmen, mich des überflüssigen Wassers entledigen will' oder wenn dieß nicht angeht, mit Aufgebung meines Culturunternehmens den vorigen Stand wiederherstellen. — Der eigentlich begünstigte Fall der Noth kann also nur nach seltenen Ausnahmen eintreten, indem da, wo die Natur und Lage der beiderseitigen Grundstücke die fragliche Verwilligung nothwendig macht, auf den Grund früherer Concessionen, oder doch längerer Uebung und eines dadurch begründeten Erwerbs mittelst der Verjährung schon die nöthige Einrichtung bestehen wird. Sowie hiernach das Bedürfniß schon länger gefühlt worden, so hat sich auch das Befriedigungsmittel schon von selbst gemacht.

Es können indessen wirklich Umstände sich ereignen, wo der Nothfall anerkannt werden muß, und wo also, was am häufigsten bei Wegegerechtigkeiten eintritt, das Bedürfniß der Constituirung einer Geh- oder Fahrwegegerechtigkeit auf des Nachbars Grund erst jetzt als unvermeidlich sich zeigt, daher auch diese Servitut hier vorzugsweise als Beispiel angeführt wird. Naturereignisse, ein Bergsturz, ein Erdfall, eine Veränderung des Flußbettes durch die Gewalt des Wassers ꝛc. können den bisher gebrauchten Weg in meinen Acker unmöglich machen. Um in denselben, selbst mit Unbequemlichkeit, durch einen Umweg *s*) zu kommen, ist keine Möglichkeit

*s*) Denn die größere Beschwerniß des die Bewilligung suchenden Nachbars ist kein Grund zur zwangsweisen Belastung des Eigenthümers, wie **Berger** in oec. jur. L. II. Tit. III. th. V. n. 7. irrig annimmt. Noch ausschweifendere und rechtswidrigere Vorstellungen hat Ley-

vorhanden. Wenn mir also der Nachbar die Ein- und Ausfuhr durch seinen Acker zu gestatten sich in Güte nicht bewegen ließe, und ein Zwang nicht Statt fände, so müßte ich meinen Acker unangebaut liegen lassen.

Es kann aber auch die fragliche Nothwendigkeit ausser dem Fall eines dergleichen unabwendbaren Naturereignisses eintreten. Man denke sich, A. hatte bis jetzt den Fahrweg in sein Grundstück durch einen öden Waldgrund des B. ganz unschädlich genommen. Dieser will nun aber den Grund aufforsten, daher die Fuhre nicht mehr gestatten. Hat A. das Recht dazu durch Verjährung oder sonst erworben, so kann die Cultur des B. nicht schlechthin ein Grund zur Aufhebung des Rechts werden, und B. muß also ohne weiters einen Weg liegen lassen. Allein gesetzt die Fuhre wäre nur vergünstigungsweise gestattet, und A. hätte sich damit etwa in der Meinung, daß der fundus serviens fortwährend in Oedschaft bleiben würde, begnügt, so träte der Fall einer nothwendigen Servitutbestellung ein, wenn A. keinen andern Weg finden könnte. Aber B. behauptet, daß derselbe den Weg unschädlicher über den breiten Rain des Ackers des C. nehmen könne. Gesetzt nun, die Fuhre könnte auf letztere Weise an sich Statt finden, und C. widerspräche nur der Nothwendigkeit oder der

---

ser spec. 109. m. 9. welcher gar zur Vermeidung eines weitläufigen und kostspieligen Prozesses und aus Mitleiden mit den Parteien („miserabat nos hominum, „quos in re nullius vere momenti“ (der Fall war eben doch so gar unbedeutend nicht, er betraf die Art des Eingangs in einen Garten!) „maximum taedium, maxi„mosque sumtus subire oporteret.“ — Ob wohl der Gegentheil dieses richterliche Mitleiden auch dankbarlich erkannt haben mag!? Wir sagen billig, de tali misericordia libera nos domine!

mindern Schädlichkeit rücksichtlich seines Grundstücks, so müßte untersucht werden: 1) die Nothwendigkeit überhaupt, 2) wem der geringere Schade verursacht werde, dem B. oder dem C.

Tritt nun einer von diesen Fällen ein, so ist der Nachbar oder im letzten Fall einer von beiden Nachbarn rechtlich verbunden, einen Weg durch sein Grundstück gegen Entschädigung zu gestatten, und das Verfahren ist folgendes. Der die Nothwendigkeit der Constituirung einer Servitut Behauptende wendet sich, vorausgesetzt, daß der aussergerichtliche Versuch, den Nachbar zur freiwilligen Einräumung der Servitut zu bewegen vergeblich war, an den Richter, führt den Grund seines Gesuchs, also die Nothwendigkeit der Maßregel nach den rechtlichen Erfordernissen an und bittet:

> vor allen den Versuch zu machen, den Imploraten in Güte zur fraglichen Verwilligung gegen billige Vergütung zu bewegen und zu dem Ende Tagesfahrt anzuberaumen, im Fall dieser Versuch aber vergeblich seyn sollte, nach instruirter Sache zu erkennen, daß Implorat dem Imploranten gegen eine von Sachverständigen zu ermäßigende billige Vergütung die bezielte Befugniß auf seinem Grundstück einzuräumen, und die durch seine Weigerung verursachten Kosten zu erstatten schuldig.

Schlägt nun die richterliche Vermittelung fehl, so wird mit Zuziehung dreier Sachverständiger, wovon den einen der Implorant, den andern der Implorat, den dritten aber der Richter erwählt, das Sachverhältniß an Ort und Stelle durch Augenscheins-Einnahme untersucht. Hiebei wird sowohl die Nothwendigkeit z. B. des zu gestattenden Wegs, als die den Imploraten am mindesten belästigenden Modalitäten, ingleichen die mit Rücksicht auf den verursacht werdenden Schaden, wo möglich nach



Digitized by Google

einer jährlichen Geld- oder besser Naturalprästation *t*) zu ermäßigende Vergütung zum Gegenstand der Erörterung gemacht. Ist nun auch hiebei eine gütliche Beilegung der Sache vergeblich, so wird, wenn die Bedingungen der nothwendigen Concession der Servitut als eintretend anerkannt sind, von dem Richter erkannt: daß Implorat die Fuhre ꝛc. auf die und die Art gegen die und die Entschädigung dem Kläger (allenfalls so lange als die Umstände der Nothwendigkeit bestehen) einzuräumen schuldig sey.

## II. Possessorische Klagen.

### §. 89.

1. Zum Schutz einer Wegegerechtigkeit — interdictum de itinere actuque privato — *u*).

Die hier behandelten possessorischen Klagen nennt das R. R., weil sie auf einen uneigentlichen Besitz (quasi-possessio) gehen, interdicta veluti

---

*t*) Eine Naturalleistung an Korn ist bei dem veränderlichen Preise des Geldes die angemessenste Vergütung. Auch versteht sich der Belastete am liebsten dazu; wenigstens zieht er eine jährliche Prästation einem ein für alle Mal bestimmten Entschädigungsquantum gewöhnlich vor, indem die fortdauernde Duldung von seiner Seite mit der fortdauernden Leistung von Seite des Andern auch in der Meinung — wenigstens des Landmannes — schicklicher sich compensirt, so daß also auch der Vorstellung von der Rechtsgleichheit weniger zu nahe getreten wird.

*u*) Tit. D. de itinere actuque privato (43, 19.)
v. Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 540.
C. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen ꝛc. Nro. I. Leipzig 1826. 8.

Digitized by Google

possessoria. Sie gehören nur in die Kategorie der Klagen auf Erhaltung des Besitzes und haben auch sonst gewisse, bei ihrem Gebrauche sowie bei der Vertheidigung dagegen wohl zu beachtende Eigenheiten. Was das Prädicat, daß sie nur auf Besitz-Erhaltung gehen, anlangt, so ist schon oben (Seite 119.) erinnert worden, daß da, wo kein körperlicher Besitz Statt findet, was der Fall bei Prädialservituten ist, auch bei der stärksten Verletzung der Besitzrechte doch eine eigentliche Entsetzung des Besitzes nicht anzunehmen sey, folglich auch keine int. recup. poss. Platz greifen könnten. Dieß gilt denn auch von allen Quasibesitz-Gegenständen oder s. g. Gerechtigkeiten heutiger Art, wovon im folgenden Kapitel die Rede seyn wird, indem alle diese Gegenstände, z. B. das Zehntrecht, die Jagd-, die Weidegerechtigkeit ꝛc. von dem körperlichen Besitze der Sachen, an denen sie ausgeübt werden, unabhängig sind. Daß übrigens das interd. de itinere, wovon hier gehandelt wird, ein int. adipiscendae poss. in gewisser Art werden kann, davon wird sogleich die Rede seyn.

Die Wegegerechtigkeit umfaßt dreierlei Arten oder hat drei verschiedene Grade der Benützung eines Grundstücks als Weg: 1) den Gehweg (iter), worunter auch das Recht darüber zu reiten oder sich tragen zu lassen verstanden wird, 2) den Trieb oder die Trift (actus), die Befugniß, Vieh darüber zu treiben, endlich 3) den Fahrweg (via). Dieser letztere ist die umfassendste, beide vorige Grade in sich begreifende Art, wie man ein Grundstück zu dem Zwecke, von einem Orte zum andern darauf weiter zu kommen, benützen kann. Wer sich nun im Besitz einer solchen Wegegerechtigkeit, es sey von der einen oder andern Art oder aller zusammen befindet, und darin von dem Eigenthümer des be-

Digitized by Google

lasteten Fundus oder auch von einem Andern v) gestört, d. h. wem die Ausübung des Gebrauchs verwehrt wird, als in welcher „prohibitio usus“ eben die Störung besteht w), der hat eine eigene Klage zur Behauptung seines Besitzrechts, das interdictum de itinere actuque privato. Der Beisatz privato bezieht sich auf den Gegensatz von dem Gebrauch einer via publica, bei dessen Schutz ein anderes Rechtsverhältniß zum Grunde liegt, als bei Privatwegen. Wer nämlich den Gebrauch eines öffentlichen Wegs gegen Störungen behauptet, muß, so bald nur die Eigenschaft als öffentlicher Weg und somit das Gebrauchsrecht für jedermann feststeht, darin geschützt, und zugleich sein Recht definitiv und peremtorisch anerkannt werden, also daß es hier weiter auf kein Petitorium nach erledigtem Possessorium ankommt x). Wird übrigens jemand in dem Gebrauch eines öffentlichen Weges verhindert, wozu nächst den Hauptstraßen und Vicinalwegen auch die s. g. Feldwege, die sich zum Zwecke des Landbaues durch die Fluren ziehen, gehören, so findet er Schutz bei der Polizei. Eine gerichtliche Klage, deren Grund und Veranlassung bloß der verhinderte Gebrauch eines öffentlichen Wegs und sonst nichts weiter wäre, also nicht etwa eine zugefügte Injurie von Seiten des Beklagten oder eine Uebertretung auf das am Wege liegende Grundstück, oder eine sonstige Beschädigung oder Ungebühr von Seiten des Klägers, — eine solche Klage läßt sich kaum annehmen. Hat aber einer jener besondern rechtswidrigen Vorgänge den Streit herbeigeführt, so hat dieß mit dem Wege selbst und dessen Gebrauche nichts gemein. — Unser Interdict kann daher nur auf Privatwege bezogen wer-

---

v) v. Savigny S. 540.
w) Albert §. 36.
x) Ebendas. §. 8 fg.

den, quae sunt, wie L. 2. §. 23. D. ne quid in loco publ. (43, 8.) sie beschreibt, in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant.

Das int. de itinere actuque privato setzt aber voraus, daß man in dem verflossenen Jahre, vom Tage der Klage an rückwärts gerechnet wenigstens 30 Tage (nicht bloß 30 Mal in kürzerer Zeitfrist), das Recht ausgeübt habe *y*), und zwar weder gewaltsam, vi, d. h. überhaupt mit einer den rechtsbegründeten Widerspruch des Eigenthümers nicht achtenden Eigenmacht *z*), noch heimlich, noch bittweise. Bei diesen Fehlern kommt es nicht darauf an, ob man sie derselben gegen den Eigenthümer selbst oder gegen seinen Repräsentanten oder Vorbesitzer schuldig gemacht hat. Es werden aber nur 30 Tage fehlerfreier Besitz vorausgesetzt; was ausser dieser Zeit geschehen, darauf wird bei dieser Klage keine Rücksicht genommen *a*).

Dem klagenden Besitzer der Wegegerechtigkeit kommt auch die accessio possessionis zu statten, er darf also in die für sich allegirten 30 Tage diejenigen einrechnen, in welchen sein Vorbesitzer im Laufe des Jahrs das Recht ausgeübt hat *b*). Eben so kann aber auch der Beklagte einen gegen seinen Vorbesitzer in der kritischen Periode begangenen Besitzfehler als Vertheidigungsgrund für sich anführen *c*).

Hat der Auctor des Klägers allein das Recht in der gesetzlich bestimmten Zeit ausgeübt, so bedient sich

---

*y*) L. 1. §. 2. 3. h. t.

*z*) Albert §. 52.

*a*) L. 1. §. 12. L. 2. u. 6. h. t. Albert §. 84 ff.

*b*) L. 3. §. 6—12. h. t.

*c*) L. 3. §. 2. eod.

der Kläger zwar ebenfalls des Interdicts, dieſes nimmt aber alsdann die Geſtalt eines int. adipiscendae poss. an, und wird mit dem Beiſatz int. de itinere, quo venditor usus est, bezeichnet *d*). Uebrigens iſt die Wirkung des int. de itinere, und des int. uti possidetis gleich *e*), indem es auf Schutz gegen Störung und auf Schadenserſatz gerichtet iſt, wohin denn alſo auch das Klagpetitum zugleich mit dem Antrag auf Cautionsleiſtung, oder gewöhnlicher auf Strafandrohung, wegen künftiger Störungen geht.

Der Kläger muß den Beſitz die geſetzlich beſtimmte Zeit hindurch und — wenigſtens zur Begründung der Veranlaſſung ſeiner Klage, wenn der Beklagte die Störung widerſprechen ſollte, — auch dieſe beweiſen. Läugnet der Beklagte den Beſitz, ſo überhebt er ſchon damit ſeinen Gegner des Beweiſes der Störung. Auf keinen Fall braucht dieſer aber scientiam et patientiam domini zu beweiſen *f*).

Bei den wenigſten der vor Gericht vorkommenden Wegeſervituten wird übrigens, beſonders was die serv. viae betrifft, die Sache ſo beſchaffen ſeyn, daß man ſich dieſes Interdicts bedienen kann. Man hat zur Beſtellung der Felder und zur Einheimſung der Früchte im Laufe eines Jahres wohl ſehr ſelten den Gebrauch des Wegs 30 Tage hindurch nöthig. Es wird alſo gewöhnlich zu der confeſſoriſchen Klage die Zuflucht genommen werden müſſen, oder wenn ſich des Klägers Beſitz ſonſt dazu eignet, zum Summariiſſimum (§. 56.)

---

*d*) L. 2. §. 3. D. de interd. (43, 1.)

*e*) v. Savigny S. 542. A. M. iſt Albert §. 140. ff.

*f*) Albert §. 108 fg.

## §. 90.

### 2. Klage wegen verhinderter Ausbesserung des Wegs, — int. de itinere etc. reficiendo. —

Habe ich eine Wegegerechtigkeit auf meines Nachbars Grundstück, so darf er mich in deren Ausübung weder direct noch indirect hindern. Stört er mich in dem Gebrauche des Wegs, so habe ich das bis jetzt betrachtete Interdict. Allein für eine besondere, indirecte Störung, nämlich wenn er mich abhielte, den schadhaft gewordenen Weg zu repariren, geben die Gesetze ein eigenes, das im Rubrum bemerkte Interdict, welches jedoch noch besondere Bedingungen hat, wodurch es sich von andern Besitzstörungsklagen unterscheidet. Der Kläger hat nämlich bei der Wegbesserungsklage ausser dem Besitz, als specieller Bedingung des Interdicts, auch sein Gebrauchs-Recht, und somit die Befugniß der Wegbesserung darzuthun. Er muß zur Begründung seiner Klage anführen und beweisen: 1) daß er das Recht, sich des Weges zu bedienen, habe; — denn so lange dieses nicht feststeht, kann der Eigenthümer des Grundstücks billig fragen, was geht dich die Reparatur des Wegs an? — Ferner wird vorausgesetzt, 2) daß er sich bei dem Wegmachen so verhalte, daß dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks dadurch, also durch die Reparatur, kein Schaden gebracht werde. Er darf demnach nicht Baumaterialien: Erde, Steine, Holz ꝛc. aus dessen Grund nehmen, um den Weg auszubessern; eben so wenig darf er dem Eigenthümer durch die Arbeit selbst Schaden bringen, wenigstens muß dieß so sehr als möglich verhütet werden. Der Grundsatz der bei Ausübung jeder Servitut gilt: daß sich nämlich der Berechtigte seines Rechts mit schonender Bescheidenheit

Digitized by Google

(civiliter) bediene *g*), muß auch hier beobachtet werden. Der Servitutberechtigte hat daher zu seinem Bau- oder Reparatur-Unternehmen den Zeitpunkt zu wählen, wo dieses den wenigsten Nachtheil bringt. Daraus folgen zwei wesentliche Erfordernisse dieser Klage, nämlich ad 1. daß der Kläger wirklich das Recht der Servitut und folglich das jus reficiendi habe, was ihm zur Begründung seiner Klage zu beweisen obliegt *h*), vorausgesetzt, daß ihm die Wegegerechtigkeit widersprochen und nicht ein anderer Grund der Verhinderung des Vorhabens von dem Beklagten angeführt wird; ad 2. daß derselbe wegen des aus seiner Arbeit entstehenden Schadens Caution leiste *i*), in dem Falle nämlich, wenn der Beklagte excipiendo einen besorglichen Schaden vorschützt. Denn wollte sich der Kläger schon in der Klage dazu erbieten, also die Replik anticipiren, so könnte es leicht seyn, daß er seinem Gegner erst eine Einrede suppeditirte, an die dieser ausserdem vielleicht nicht gedacht hätte. — Das Gesuch des Klägers geht dahin:

> ihn in der Befugniß der Wiederherstellung des schadhaft gewordenen Wegs qu., dessen Gebrauch ihm servitutweise zustehe, zu schützen, und dem Beklagten, der ihm darin das (angegebene) Hinderniß mache, diese Störung bei gemessener Strafe zu verbieten.

Wird nun für den Kläger erkannt, so wird ihm damit zugleich das Servitutrecht von selbst zugesprochen, wie wenn er mit der confessoria aufgetreten wäre, weil die Klage nicht begründet seyn würde, wofern nicht auch das Recht selbst erwiesen wäre *k*).

---

*g*) L. 9. D. de servit. (8, 1.)
L. 22. de S. P. R. (8, 3.)

*h*) L. 3. §. 13. 14. de itinere. v. Savigny S. 546.

*i*) L. 3. §. 11. L. 5. §. 4. h. t. *k*) v. Savigny a. a. O.

Digitized by Google

## §. 91.

### 3) Klagen zum Schutz einer Wassergerechtigkeit.

Gleich wichtig und unentbehrlich wie Wege, um nicht zu sagen noch wichtiger, sind für den landwirthschaftlichen Verkehr die **Wasserservituten**, oder die Benützung eines fremden Grundes, um das für den häuslichen und öconomischen Bedarf benöthigte Wasser zu erlangen. Dieß kann Statt finden

I. durch Ausübung einer **Wasserleitungsgerechtigkeit**, jus aquae quotidianae vel aestivae ducendae oder die serv. aquaeductus, indem ich das Wasser aus des Nachbars Grund oder, wenn es anderwärts entspringt, durch denselben in mein Besitzthum leite. Ist diese Wasserleitung von der Art, daß der Berechtigte das Wasser unausgesetzt auf seinen Grund leiten **kann**, wenn er will, so heißt das Wasser aqua **quotidiana**, es mag übrigens von dem Wasser bloß im Sommer (a. aestiva) oder im Winter wirklich nutzbar Gebrauch gemacht werden können und wollen. Nur das Recht nicht der Gebrauch unterscheidet also aqua quotidiana und aestiva *l*). Es wird aber bei einer Wasserleitung ein **perennirendes** *m*) Wasser vorausgesetzt. Mag daher auch gleich ein Gebrauch mit Unterbrechung Statt haben, wenn ich z. B. bei Regenwetter das auf des Nachbars Grund sich sammelnde Wasser in mein Grundstück zu leiten befugt bin, — **diese** Befugniß gehört nicht in die Kategorie derjenigen, von deren Schutze hier die Rede ist, wo es sich nur von einem stets fort zu benutzen möglichem Wasser handelt. (Vergl. folg. §. a. E.)

II. Die zweite Art der Wasserservituten besteht in

---

*l*) L. 1. §. 3. de aqua quotid. (43, 20.) *m*) L. cit. §. 5.

dem Rechte, Wasser aus einer, auf des Nachbars Grund entspringenden Quelle oder sonstigen beständigen Wasserſammlung entweder zu schöpfen, jus aquae hauriendae, also das benöthigte Wasser zum Trinken oder Tränken zu holen (servitus aquae haustus), oder das Vieh an die Quelle, den Brunnen, die Wasserſammlung zur Tränke zu treiben, (servitus pecoris ad aquam adpulsus), wohin auch nützlich die Befugniß einer Schwemme bezogen werden kann, wenn der Nachbar leiden muß, daß ich mein Vieh in seinem Teiche schwemme.

Gegen Störungen im Besitze dieser Wasserleitungs- und Schöpfgerechtigkeiten, so wie bei Hinderungen der Wiederherstellung oder Ausbesserung der zum Zwecke des Gebrauchs dienenden Anstalten und Vorrichtungen (refectio operis) sind nun ebenfalls gewisse possessorische Rechtsmittel gegeben, nämlich ad I. das int. de aqua quotidiana vel aestiva ducenda (Dig. Lib. 43. tit. 20.); dann wegen verhinderter Wiederherstellung oder Reinigung der Gräben, Röhrenfahrt und sonstigen Vorrichtungen zur Wasserleitung das int. de rivis (L. 43. tit. 21.) — ad II. wegen der Wasserschöpf- und Tränkgerechtigkeit zwei Interdicte, die den Namen de fonte haben, (L. 43. tit. 22.) und wovon das eine auf den gehinderten Gebrauch, das andere (de fonte reficiendo) auf die gehinderte Refection geht.

## §. 92.

### Fortsetzung.

Diese verschiedenen Interdicte (§ anteo.) sind nach ihren gesetzlichen Bedingungen einander gleich. Denn

1) Gegenstand der Klage ist zunächst die ungestörte Ausübung des Besitzes; dann Ersatz des zugefügten Schadens.

Digitized by Google

2) Der Kläger muß sich im letztverflossenen Jahr, oder bei der Wasserleitungsgerechtigkeit, wenn der Gebrauch nur im Sommer oder nur im Winter Statt findet, wenigstens im Laufe von anderthalb Jahren von der Störung an rückwärts im Besitze befunden haben *n*).

3) Der Besitz darf nicht fehlerhaft seyn; die exceptio vis, clandestinitatis, precarii zerstört den Grund der Klage.

4) Zur Begründung der Refectionsbefugniß bedarf es hier nicht wie bei der unternommenen Wegebesserung des Beweises des Rechts dazu, sondern nur des Besitzes der Servitut *o*). Der die Befugniß Ausübende muß aber nöthigen Falls wegen des durch seine Arbeit angerichteten Schadens Sicherheit (cautio damni infecti) bestellen *p*).

Was insonderheit das int. de aqua quotidiana vel aestiva) betrifft, so ist dasselbe prohibitorisch, auf Beseitigung des Gebrauchshindernisses, bisweilen auch restitutorisch, auf Wiederherstellung des veränderten vorigen Zustandes gerichtet *q*). Im übrigen ist bei diesem und dem int. de rivis noch folgendes zu bemerken.

Der Grundsatz, daß eine Servitut causam perpetuam haben, also so beschaffen seyn müsse, daß sie den durch sie bezweckten Nutzen beständig fort und ohne Unterbrechung gewährt, ist bei der serv. aquaeductus in soweit modificirt, daß ausser lebendigen Quellen auch künstliche Wasserbehältnisse und Vorrichtungen, namentlich der Wasserbezug durch Schöpfräder, deren schon die

---

*n*) L. 1. §. 31—36. L. 6. de aqua quotid. (43, 20,)

*o*) L. 1. §. 9. L. 4. de rivis.

*p*) L. 3. §. 9. eod.

*q*) L. 1. §. 1. de aqua.

Digitized by Google

römischen Gesetze Erwähnung thun, ein Gegenstand der Ausübung des Dienstbarkeitsrechts werden *r*).

Zur Begründung des Interdicts de aqua ducenda genügt der Nachweis auch nur eines einzigen possessorischen Acts im Laufe des Jahrs, in welchem die Störung erfolgt ist *s*). Denn da eine Wasserleitung eine gewisse Vorrichtung, also die Ziehung eines Grabens, die Legung einer Rinne ꝛc. voraussetzt, so ist mit deren Daseyn schon die dringende Vermuthung eines länger dauernden Besitzstandes gegeben, und verhält sich die Sache somit anders, als bei einem aus einem einzigen Act abgeleitet werdenden Wegegerechtigkeitsbesitz *t*), sofern hiebei eine dergleichen Vorrichtung nicht Statt findet. Es ist daher zum Beweise des Besitzstandes der Wasserleitung genug, wenn ich nur auf das Daseyn einer solchen Vorrichtung und daß ich davon Gebrauch gemacht, mich berufen kann.

Bei dem Interdict de aqua aestiva kommt es darauf an, daß das Wasser genau so und ohne alle Veränderung geleitet werde, wie im vorigen Sommer, und jede Neuerung berechtigt den Beklagten zu einer Einrede, wodurch die Klage entkräftet wird *u*).

Wo der Gebrauch des Wassers nicht möglicher Weise ein perennirender seyn kann, also z. B. nur eine Wasserbenutzung bei Regenwetter oder wegen Mangels an Quellen aus Cisternen Statt findet, kann man sich bei einer Störung auch nicht dieses Interdicts bedienen, sondern nur einer allgemeinen possessor. Klage zur Be-

---

*r*) L. 9. de S. P. R. (8, 3.)
L. 2. comm. praed. (8, 4.)

*s*) L. 1. §. 4. de aqua.

*t*) Boehmer de act. S. II. cap. IV. §. 21.

*u*) L. 1. §. 15. h. t.

hauptung des Besitzrechts, oder nach Gelegenheit des int. quod vi aut clam, so wie man petitorisch die actio confessoria gebrauchen kann.

## §. 93.

### Klagen aus anderen Rustical-Servit. nach R. R.

Ausser den bisher bemerkten Rusticalservituten kennt das R. R. auch noch andere bezüglich auf Zueignung unterirdischer Producte des Bodens (Kreide, Kalk, Lehm, Steine ꝛc.) sowie das Weiderecht auf fremdem Grunde. Weil aber diese Gegenstände den Römern nicht von der Erheblichkeit und allgemeinen Nutzbarkeit gewesen zu seyn scheinen, als sie es zum Theil wenigstens h. z. T. sind, so finden sich dafür keine besondere possessorische Klagen vorgeschrieben. Daher bedient man sich sowohl dießfalls als wegen anderer schon entstandener und etwa noch entstehender servitutähnlicher Rechtsverhältnisse nach unserer Verfassung petitorisch der confessorischen und negatorischen Klage, possessorisch aber gegen Störungen, wo nicht des allgemeinen interd. retinendae, doch des Summariissimums. Denn eine wirkliche Entsetzung aus dem Besitz ist auch hier nicht denkbar, folglich auch das int. de vi oder die Spolienklage nicht anzuwenden, wenn schon die häufig minder subtile Praxis auch dabei von gewaltsamer Entsetzung aus dem Besitze der Weidegerechtigkeit ꝛc. und von Spolien redet, welche Handlungen jedoch genau betrachtet immer nur Störungen des Besitzes sind.

Digitized by Google

# Drittes Kapitel.

## Klagen aus deutschrechtlichen Servituten und aus servitutähnlichen Rechten überhaupt.

### §. 94.

#### Allgemeine Betrachtungen.

Die Doctrin des heutigen Rechts sowie das Gerichtsleben selbst zeigen uns in mancherlei Gestalten rechtliche Befugnisse, die der freien Benützung des Eigenthums, besonders des Grundeigenthums, oder auch dem Gebrauche der natürlichen oder allgemeinen gesetzlichen Freiheit der Menschen überhaupt hindernd entgegen treten. Wir sehen nämlich nächst den Beschränkungen des Eigenthums, die ihren Grund in römischen Servituten haben, auch noch andere von dieser Art nach deutschem Recht, wornach der Eigenthümer entweder etwas nicht thun darf, oder etwas dulden muß v); wir sehen ausserdem Beschränkungen, die ihre Richtung gegen die natürliche, durch die bürgerliche Gesetzgebung im übrigen

v) Daß auch nach deutschem Rechte keine Servitut in faciendo angenommen werden kann, liegt ganz in dem Wesen und der Natur des Instituts. Eine Dienstbarkeit im Thun würde, da jede Servitut nur eine Beschränkung von Eigenthums-Befugnissen ist, voraussetzen, daß es eine Befugniß für den Eigenthümer gäbe, wornach er etwas nicht zu thun brauchte; dann wäre die Beschränkung dieser Befugniß, daß er es thun müßte. Allein eine dergleichen Befugniß liegt nicht im Eigenthume.

Digitized by Google

übrigen anerkannte Freiheit der im Staate lebenden Menschen nehmen. Es gibt deren, auch abgesehen von denen, die ihren Grund im Staatssubjections- oder Gemeindeverband haben, solche, die privatrechtlicher Natur sind, aber nach dem Gegenstande, dem Erwerbstitel und der Ausübung der ihnen correspondirenden Befugnisse nicht schlechthin nach Grundsätzen des Privatrechts beurtheilt werden können, — wir meinen die Beschränkungen aus der Regalität oder durch Gewerbsrechte.

Die Rechte („Gerechtigkeiten"), welche die zuletzt bemerkten Freiheitsbeschränkungen herbeiführen, waren den Römern entweder gar nicht, oder doch nicht in dieser Art bekannt; sie sind vielmehr deutschen Ursprungs, beruhen auf ältern Rechts- und politischen Zuständen und Verhältnissen Deutschlands, und sind in die heutige Verfassung des öffentlichen und Privatlebens übergegangen. So haben wir denn jetzt

1) Beschränkungen aus Rechten, die in der Form eigentlicher dinglicher Rechte von selbstständiger Art, — Bestandtheile des Eigenthumsrechts, die zum Besten eines Andern als des Eigenthümers vom Eigenthum abgetrennt sind, — erscheinen;

2) Beschränkungen, die mehr oder weniger bloß Aehnlichkeit mit Servituten haben; sie gehen von der Zuständigkeit eines in die Freiheitssphäre eines Andern eingreifenden besondern Rechts aus, wornach auch ohne vertragsmäßige Verpflichtung ein jus prohibendi oder cogendi des Berechtigten anerkannt werden muß. Weil nun auch in dieser letztern Beziehung bei der vor Gericht geltend gemachten Behauptung der Rechtszuständigkeit oder gegenseits bei deren Bestreitung und Freiheitsbehauptung Klagen gebraucht werden, die nach Form und Inhalt den Servitutklagen der Römer ähnlich sind, so hat man auch hier von jeher gewöhnlich

die im vorigen Kapitel abgehandelten Klagen analog angewandt, oder doch anzuwenden sich veranlaßt gefunden, da die älteste deutsche Praxis in ihrer gewohnten Einfachheit, wornach als das Fundament aller Klagen vor dem Richter im Allgemeinen und überhaupt nur die Rechtsverletzung galt, keine eigene Klagen dafür erfunden hat. Es läßt sich auch, wenigstens was die Beschränkungen von dinglichem Charakter anlangt, ohne Bedenken hier annehmen, daß die Grundsätze des R. R. ebenso, wie in der Lehre vom Besitz, bezüglich auf neuere Rechtsinstitute überhaupt *w*) nur auf Gegenstände bezogen werden, worauf sie schon die Römer ohne Zweifel angewendet haben würden, wenn sie diese Gegenstände, — eine Landeshoheit, wie sie die deutschen Landesherren als Recht des Eigenthums übten *x*), eine Patrimonial-

---

*w*) v. Savigny Besitz. S. 565.

*x*) Nach der ältern deutschen Staats- und Kirchenverfassung erscheinen alle Rechte der Landeshoheit, so wie der bischöflichen Gewalt nicht in der Kategorie, wo wir sie jetzt erblicken, nämlich als publicistische Rechte; sie nahmen in den Händen der Landesherren und Bischöfe die Eigenschaft von Privatrechten an, was denn auch dem Umstande vollkommen entsprach, daß das Recht ein weltliches Gebiet, einen geistlichen Sprengel, also die Bedingung einer Quasipossessio, ein Recht auf eine körperliche Sache, darbot. Niemand zweifelte daran, was auch unzählige Prozesse bei den höchsten Reichsgerichten bestätigten, daß diese Rechte ein Gegenstand der Vindication in foro civili waren; oder vielleicht man erkannte zwar den Charakter des Rechts als eines unter der Oberhoheit von Kaiser und Reich ausgeübten juris publici, — wie sich denn der Unterschied zwischen dem Quasibesitze der Landeshoheit über ein gewisses Territorium und der Schäfereigerechtigkeit auf einer Dorfsflur

Gerichtsbarkeit, ein Kirchenpatronatsrecht, deutsche Bauergüter und deren Belastung ꝛc. gekannt hätten. Kommt es also bei einem Gegenstande dieser Art zum Prozesse, so untersucht man zuvörderst die Beschaffenheit des klagbar geltend zu machenden Rechts, sucht dafür die leitenden Prinzipien im R. R. und formirt sodann mit Rücksicht auf das factische und rechtliche Verhältniß des Anspruchs, dem Klaggrunde gemäß, das Petitum nach Art der römischen Servitutklagen, mit andern Worten: man wendet die confessoria und negatoria, sowie die einschlagenden possessorischen Rechtsmittel, utiliter an. Die Einreden dagegen bieten sich denn bei der Nachfrage nach den rechtlichen Erfordernissen eines Privilegiums, eines Hoheitsrechts, einer Reallast ꝛc. in Vergleichung mit dem Klagfactum, ferner nach der Entstehung und den möglichen Erlöschungsarten des fraglichen Rechts wohl von selbst dar. Aber der Anspruch muß vor allen auf selbstständige Weise dinglicher Natur, und so Gegenstand eines Quasibesitzes seyn. Daher sind von dem Gebrauche der Servitutklagen ausgeschlossen:

A. solche Ansprüche, denen die Eigenschaft einer bloßen Obligatio zum Grunde liegt, wenn auch ein dingliches Verhältniß dabei accessorisch eintritt. Gründet sich daher z. B. die auf ein bäuerliches Gut gelegte Last eines Altentheils bloß auf einen Vertrag oder letzten Willen, so kann zwar durch Hypothekbestellung die accessorische Eigenschaft der dinglichen Hypothekarklage

---

freilich nahe genug legte, — fand aber für die hierüber entstandenen Streitigkeiten, um die Selbsthülfe durch Waffengewalt auszuschließen, eben kein anderes Mittel als die rechtliche Verfolgung und Vertheidigung vor den competenten Gerichten, die in diesem Falle eben die Reichsgerichte waren.



Digitized by Google

zu der persönlichen Klage aus dem Vertrage (gewöhnlich ein pactum adjectum eines Kaufcontracts) oder Testament hinzutreten, das Recht also gegen jeden dritten Besitzer des belasteten Objects mit der Hypothekarklage verfolgt werden; es kann aber dabei so wenig als bei der Geltendmachung des vertragsmäßigen Vorkaufs- oder Wiederverkaufsrechts, nach römischen Rechtsprinzipien wenigstens, die confessorische Klage gebraucht werden. — Folgerichtig sollten ferner ausgeschlossen seyn

B. solche Rechte, die zwar die natürliche Freiheit beschränken, jedoch nicht unmittelbar gegen das Eigenthum ihre Richtung nehmen, daher nicht so wie die Servituten, die Superficies oder die Emphyteusis jura in re, und insofern denn auch kein Gegenstand des Quasibesitzes sind. Diese nicht realen Rechte, als da sind: persönliche Privilegien, Gewerbsrechte, die nicht auf Immobilien radicirt sind, sondern bloß auf der Person des Berechtigten haften, mehrere Arten von Bannrechten u. dgl. haben indessen die Eigenschaft, daß sie nicht wie reine Forderungsrechte bloß gegen ein besonders verpflichtetes Individuum, sondern gegen jeden geltend zu machen sind, der in einem ihrer Ausübung entsprechenden Verhältnisse sich befindet. Darum haben die Practiker hierin eine Analogie mit Servitutrechten gefunden, und wie sehr sie auch wider die Grundsätze des R. R. dabei verstoßen haben mögen, so ist doch diese Anomalie in das practische Leben übergegangen, und die den Römern unerhörte Theorie muß schon darum und zwar um so unbedenklicher geachtet werden, als hier nicht von einem mit nachtheiligen Folgen verbundenen Irrthume die Rede ist. Daß man bei diesen Rechten eine Quasipossessio fingirt, darf nicht als etwas Widersinniges von vorn herein angenommen werden. Es handelt sich hier wirklich von Verhältnissen, wo die An-

Digitized by Google

nahme eines vom Rechtsstande verschiedenen Besitzstandes Realität und practische Brauchbarkeit hat. Denn es tritt hier ein ganz anderes Verhältniß ein, als bei einem Forderungsrecht, wo sich ein vom Recht verschiedener Besitz schon darum nicht denken läßt, weil das Recht auf die Handlung eines Andern geht, deren Leistung das Recht selbst aufhebt, eine provisorische Erfüllung also zugleich schon eine definitive ist. Anders ist dieses aber mit den in Frage stehenden Rechten, bei welchen darum auch der bei Forderungsrechten nie gebrauchte bezeichnende Ausdruck Gerechtigkeiten vorkommt. Wer sich in dem Falle befindet, daß ihm die Befugniß eines gewissen Gewerbsbetriebs widersprochen wird, aus dem vorgeblichen Grunde, es sey bei der Verleihung nicht ordnungsmäßig zugegangen, der kann verlangen, daß er wenigstens bis zu entschiedener Sache, die vielleicht altioris indaginis ist, in der Ausübung des Rechts nicht gestört, also im Quasibesitze des Gewerbs geschützt werde. Uebrigens wird die Praxis von der analogen Anwendung der Servitutklagen durch unverwerfliche Autoritäten bestärkt *y*). Wer indessen auch die römischen Namen hier zu gebrauchen etwa Scheu trägt, wird wenigstens nicht vermeiden können, seine Klagschrift so einzurichten, daß jeder vom Fache zugestehen muß, gerade so wird confessorisch und negatorisch geklagt, und weil denn auf den Namen der Klage so viel eben nicht ankommt (§. 4.), so könnte man jedem allenfalls die Freude lassen, sein Kind zu taufen, wie er will.

*y*) Stryk de act. for. sect. II. membr. 4. §. 6. sqq. Leyser spec. 109. m. 6. Glück's Comm. X. §. 686. Eichhorn's Einleit. in das d. P. R. §. 164. 176. Boehmer de act. sect. II. c. 2. §. 46. — Vergleiche auch: Schmidt von Klagen §. 471 ff. Roßhirt im Archiv f. c. Praxis VIII. Num. I.

## §. 95.

### Verschiedene Arten der Freiheitsbeschränkung überhaupt.

Die Beschränkungen der Freiheit eines Menschen können ihre Richtung nehmen

I. gegen das Eigenthum, besonders gegen das Grundeigenthum, in der Gestalt von Servituten; — ihre Natur ist rein privatrechtlich, —

II. gegen die Person und das Vermögen des Menschen überhaupt.

In beiderlei Richtungen muß der Mensch ein Verbotsrecht oder ein Zwangsrecht über sich anerkennen: er darf entweder etwas nicht thun, was er sonst zu thun befugt wäre, oder er muß etwas leiden, was er sonst verbieten könnte; in der letzten Richtung (ad II.) muß er sogar auch wohl etwas thun oder leisten, wozu er sonst nicht verpflichtet wäre.

Die Beschränkungen der zweiten Art (II.) sind eine Wirkung von Rechten, die entweder publicistischer oder privatrechtlicher Natur sind. Jene beziehen sich auf das Verhältniß des Menschen als Unterthans des Staats oder als Mitgliedes einer Gemeinde, diese auf Mein und Dein im Privatrechtszustande. In den Kreis der letztern können ausser reinen, für jedermann erwerbbaren Rechten auch solche fallen, die nicht nur in Rücksicht auf ihre Erwerbung ausserordentlicher Art, sondern auch in Ansehung der Ausübung subjectiv und objectiv mehrern Einschränkungen unterworfen sind, als andere Privatrechte. Es können nämlich diese zum Patrimonium eines Menschen gehörenden Rechte entstehen:

A. aus der Uebertragung von Hoheitsrechten. Sind nämlich diese gleich an sich unveräusserlich, so nehmen sie doch unter gewissen Einschränkungen (geschichtlich wenigstens) durch Verleihung an Privaten die Eigenschaft

von Patrimonialrechten an, wie die Jurisdiction und die damit verbundene niedere Polizei. Ferner:

B. aus der Regalität gewisser Gegenstände, die unter dem Namen niederer Hoheitsrechte oder Regalien bekannt sind. Sie haben die Eigenschaft von Privatrechten ohne Unterschied, ob sie von der regierenden Gewalt selbst oder, wegen ihrer unbedingten Veräusserlichkeit, kraft Verleihung von Einzelnen oder Corporationen ausgeübt werden, wie z. B. das Jagdrecht. Endlich:

C. aus einem sonstigen privatrechtlichen Erwerbstitel. Nach Verschiedenheit des Gegenstandes kann dieser eine Verleihung von Seiten der Staatsgewalt im Wege der Ertheilung eines Privilegiums oder einer Concession seyn, oder auch einer von den gewöhnlichen Titeln, wie Rechte im bürgerlichen Leben erworben werden: Verträge, letztwillige Verordnungen, verjährter Besitz. Hierauf beruhen Gewerbsrechte, Zwangs- und Bannrechte, und die Forderung von Reallasten, und anderer Seits die entsprechenden Pflichten.

Von diesen verschiedenen Beschränkungen germanischen Ursprungs, die wir im Allgemeinen als deutschrechtliche Servituten und servitutähnliche Rechte bezeichnen, soll nun in diesem und dem folg. Kapitel gehandelt werden, und zwar

I. soweit sie das Grundeigenthum angehen, oder von deutschen Servituten, §. 96 u. 97.

II. so weit sie der persönlichen und Eigenthumsfreiheit ausserdem und überhaupt entgegen stehen, und entweder publicistischer Art sind, indem sie aus dem Unterthans- oder dem Gemeinde-Verband herrühren, §. 98—101 und 102. oder endlich die Eigenschaft privatrechtlicher Beschränkungen nach den unter A. B. C. angegebenen verschiedenen Kategorien haben, §. 103—106. und im folg. Kapitel.

Digitized by Google

## I. Beschränkungen durch deutschrechtliche Servituten.

### §. 96.

#### Arten dieser Servituten.

Von Prädialservituten oder Grundgerechtigkeiten kennen wir ausser den römischen noch folgende, welche deutschen Ursprungs oder wenigstens durch das einheimische Recht weiter ausgebildet worden sind:

1) die Weidegerechtigkeit (das Hütungsrecht) z), worunter hier nicht das den Mitgliedern einer Dorfgemeinde zustehende Recht, ihr Vieh auf die gemeindlichen Weideplätze, oder zur offenen Zeit auf Felder und Wiesen in der Ortsmarkung vorzutreiben, als ein Ausfluß des gemeindegenossenschaftlichen Nutzungsrechts verstanden wird, sondern die dienstbarkeitsrechtliche Benutzung fremder Gründe zur Weide. Als Grenze dieses Rechts gilt im Allgemeinen: daß die Ausübung desselben den Eigenthümer des Weideplatzes weder an der Substanz noch an der landesüblichen oder durch Culturgesetze sanctionirten Benutzung des Grundes und Bodens beeinträchtigen darf. Daher ist, wenn nicht ein entgegenstehendes besonderes Verbietungsrecht erworben worden, nicht nur der Mitgenuß der Weide von Seiten des Eigenthümers des Grundes, als Ausfluß des im Eigenthume liegenden Gebrauchsrechts, nicht ausgeschlossen, sondern auch die

---

z) Leiser jus georg. L. III. c. 10. Klingner's Samml. zum Dorf- und Bauernrecht Th. II. Seite 1 ff. Kind quaest. Tom. II. cap. 83—37. 41. 42. (ed. II.) Hagemann's Landwirthschaftsrecht. 2. Buch 2. Kap. Hubold's sächs. Priv. Recht §. 192 ff. Preuß. allg. L. R. Th. I. Tit. 22. § 80 ff.

Digitized by Google

Befugniß, jeden mit dem Servitutrecht irgend vereinbarlichen Nutzen von dem belasteten Grundstücke zu ziehen, demselben vorbehalten *a*). Im übrigen sind die Befugnisse des Weideberechtigten ordentlicher Weise durch Dorfordnungen und Herkommen bestimmt, sowohl in Ansehung des auf die Weide zu bringenden Viehes der Gattung und Zahl nach, als der Zeit der Ausübung des Hütungsrechts. In der erstern Beziehung gilt als Regel, daß der Viehstand des herrschenden Guts mit dessen öconomischem Vortheile in Verhältniß stehen muß, wofür als Maßstab angenommen ist, daß nicht mehr Vieh auf die Weide gebracht werden darf, als der Servitutberechtigte mit selbstgebautem Futter durchwintern kann *b*), was auch von der Weideberechtigung jure communitatis gilt. In Rücksicht auf die Zeit wird angenommen, daß die Weide nicht während der Fructification, und besonders was Wiesen betrifft, nur zur offenen Zeit *c*) Statt findet, oft aber auch selbst während dieser beschränkt ist, wenn sie der Fructification hinderlich wird, besonders bei weichen, durchbrüchigen Wiesen, oder wenn der Eigenthümer das Grundstück zum bessern Fruchtertrag bringen will, wo alsdann wenigstens nach Partikularrechten die hinderliche Weide gegen billige Entschädigung weichen muß. Am meisten beschränkt ist dieses Servitutrecht, wenn Waldungen das dienende Grundstück sind. Die Weide ist bisweilen auch eine Koppelhut, wenn das nämliche Weiderevier von Mehreren benutzt wird. Es begreift aber die Koppelhut eigentlich

*a*) Glück's Comm. X. S. 180.

*b*) Pufendorf obs. I. 123. IV. 109. Pr. A. L. R. I. Tit. 22. §. 90. Zeiller's Comm. z. österr. G. B. II. Bd. S. 324.

*c*) Ueber die geschlossene Zeit der Hut vergl. Kind l. c. c. 37.

Digitized by Google

4 Arten *d*): a) die Mithut (jus compascendi), wenn der Eigenthümer neben dem Servitutberechtigten die Hut hat; b) das jus compascui, wenn Mehrere auf dem Grundstück eines Dritten, mit demselben oder auch mit dessen Ausschließung *e*), das Weiderecht ausüben; c) das gegenseitige Weiderecht, eigentliche Koppelhut (jus compasculationis reciprocum), wenn die Eigenthümer verschiedener Grundstücke einander gegenseitig, es sey kraft eines Dienstbarkeitsrechts oder aus nachbarlicher Freundschaft die Weide gestatten, wobei indessen im Allgemeinen weder für das Precarium noch für die Servitut eine Vermuthung gilt *f*); d) das Recht der Mithut der Gemeindeglieder auf Gemeindegründen, wiewohl dieses Recht, wie vorhin schon bemerkt worden, nicht eigentlich unter die servitutartigen zu rechnen ist.

2) Das Triftrecht oder die Befugniß, Vieh über das Grundstück eines Andern zu treiben, welches jedoch nur eine servitus actus ist und in der Regel kein Weiderecht enthält, wo nicht „Hut und Trift" verliehen erscheint *g*).

3) Die Schäfereigerechtigkeit *h*) oder das Trift- und Weiderecht auf fremden Gründen für die Besitzer von Schäfereien. Hiermit ist zu verbinden

4) das Pferchrecht oder der Hordenschlag, wenn nämlich der Besitzer einer Schäferei verbunden ist,

---

*d*) Eichhorn a. a. O. §. 179. Hagemann a. a. O. §. 300 ff.

*e*) Hagemann §. 302.

*f*) Carpzov P. II. const. 4. def. 14. const. 11. def. 9.

*g*) Eichhorn §. 181.

*h*) Klingner a. a. O. Kap. II. Kind l. c. c. 38—40. Hagemann §. 310 ff. Pr. Landrecht a. a. O. §. 146—169.

auf fremden Grundstücken seine Heerde in Horden zu stellen, und die Nacht über der Abdüngung wegen lagern zu lassen. Das von der Horde (dem Pferch) betroffene Grundstück ist dann das berechtigte.

5) Das Holzungsrecht oder das Recht, aus fremden Waldungen Holz zum Brennbedarf, oder auch nach einer übrigens nicht zu vermuthenden erweiterten, auch wohl für sich allein bestehenden, Befugniß Bauholz *i*) zu beziehen. Rücksichtlich der Waldnutzungen sind ferner

6) die Befugnisse zum Streurechen, Harzscharren, Lohschälen u. dergleichen geringere Waldnutzungen zu merken, deren Ablösung in neuerer Zeit zum Zwecke der Forstcultur vielfältig Gegenstand der Staatsfürsorge geworden ist *k*). Auch gehört hieher

7) das Mastungsrecht von Eicheln und Bücheln (Buchnüssen). — Diese verschiedenen Gerechtsame (5—7) machen ebenfalls eine wichtige Servitutart aus, sind aber schon wegen des besondern Werths des Gegenstandes, wenigstens was den Holzbezug betrifft, und überhaupt zur Schonung der Waldungen an manche Beschränkungen durch Forstordnungen gebunden.

Wegen der mancherlei Modificationen dieser besonders für den Landbau überaus wichtigen Gerechtigkeiten, in Beziehung theils auf ihren Umfang nach Zeit und Ortsverhältnissen, Modalitäten der Benützung, Zahl und Arten des zur Weide zu treibenden Viehes, theils auf die besondern Befugnisse des Eigenthümers des belasteten Fundus bei der Collision mit dem Servitutrecht u. s. w.

---

*i*) Vergl. preuß. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 197 ff.

*k*) Maurenbrecher's Lehrb. des gem. deutschen Rechts I. Abth. §. 246.

kann hier nicht in das Einzelne eingegangen werden *l*). Da besonders das Holzungsrecht gewöhnlich Waldungen betrifft, die im Eigenthume des Staats, der Stiftungen und Communen, oder großer Gutsbesitzer sind, so hat man auch schon der besondern Bedeutendheit des Gegenstandes wegen in der Regel vorlängst bereits dafür Sorge getragen, daß über den Umfang der Befugnisse des Berechtigten nicht nur die Forstordnungen Ziel und Maß setzen, sondern auch überhaupt genaue Beschreibungen bei entstehendem Zweifel den nöthigen Aufschluß geben, was freilich bei den übrigen der bemerkten Dienstbarkeitsarten gewöhnlich nicht der Fall ist, daher aber auch oft schon weitaussehende Prozesse die Folge dieser Nichtbeachtung gewesen sind.

## §. 97.

### Fortsetzung.

Ausser den bisher bemerkten Dienstbarkeitsrechten deutscher Art, und ausser den römischen Prädialservituten gibt es noch mehrere minderbedeutende ländliche Gerechtsame *m*), die sich übrigens in eine von den erwähnten Hauptarten einreihen lassen, indem, soweit sie Prädialservituten sind, Wege oder Wasser oder Weide gewöhnlich Gegenstand auch dieser Gerechtsame zu seyn pflegen. Die Entstehung derselben hat ihren Grund in der häufigen Berührung, wozu der Ackerbau mehr als andere Zweige der Industrie Anlaß gibt, besonders da, wo das Grundeigenthum sehr getheilt und zerstückelt ist. Dieses allerdings nachtheilige Verhältniß der Vereinze-

*l*) Vgl. Eichhorn §. 178 ff. und Mittermaier §. 148 ff. sowie die dort und die bisher angeführten Autoritäten.

*m*) Mittermaier §. 149.

Digitized by Google

lung tritt häufig selbst bei den Parzellen ganzer Gutskörper ein, indem sie nur ideal gebunden sind, übrigens zerstreut auseinander liegen und mit andern vermengt sind, weil man entweder keinen Sinn für eine zweckmäßige Arrondirung hat, oder weil wegen der damit allerdings verbundenen Schwierigkeiten selbige noch unter die frommen Wünsche gehört. Dieß und die daraus entstehende Ausdehnung der Grenzlinien führt denn unvermeidlich Reibungen herbei, weil man aber einsieht, daß Hader und Zwietracht das Land nicht baut, endlich zugleich die Anerkennung nothwendiger gegenseitiger Duldung. Die allerseitige Convenienz und die Ueberzeugung von dem Bedürfniß eines passiven Verhaltens, wovon der Eine heute Vortheil zieht, indeß er geschehen lassen muß, daß morgen ein Anderer das Nämliche von ihm fordert, werden Motiv der öftern Wiederholung, woraus denn Gewohnheiten und allmählich Ortsrechte entstehen, eine Art von Legalservituten, wobei niemand weiter mehr daran denkt, daß es anders seyn könnte. Man gelangt so vielmehr zu der Vorstellung, daß das, was beim Ackern, Fahren, Einheimsen der Früchte, was zum Schutze gegen Wasserbeschädigungen, bei Befriedung der Grundstücke mit Zäunen und Hecken, bei Herstellung und Unterhaltung von Wegen und Stegen, bei dem Treiben des Viehes, bei Benützung der Raine zwischen den Aeckern u. s. w. von jeher beobachtet worden, ferner so beobachtet werden müsse, und der aus Unfriedfertigkeit oder Eigennutz anders Handelnde ein Störer der gemeindlichen Ordnung sey. Um diese zu handhaben, reicht, wo die Sache recht angegriffen wird und die Gemeindeobrigkeiten ihre Schuldigkeit thun, gewöhnlich schon der Arm der Dorf- und Feldpolizei hin, und es ist schon schlimm, wenn man es zu einem gerichtlichen Klaghandel kommen läßt, die Irrungen nicht vielmehr de

simplici et plano abwandelt, und statt des strengen Rechts mehr die Billigkeit walten läßt.

## II. Beschränkungen der persönlichen und Eigenthumsfreiheit ausser Servituten überhaupt;

### A. von publicistischer Art.

### §. 98.

#### 1) Aus dem Staatssubjections-Verband.

Daß es ausser den eigentlichen Servituten noch andere, mehr oder weniger den Servituten ähnliche, Freiheitsbeschränkungen gibt, ist schon erinnert worden. Es gehören hieher zuvörderst die, welche publicistischer Art sind. Denn wenn sie gleich eigentlich unsere das Privatrecht betreffende Betrachtung zunächst nicht angehen, so konnte man sie doch nicht unberührt lassen, weil dabei, ausnahmsweise wenigstens, privatrechtliche Erörterungen vorkommen können und wirklich vorkommen. Auch die hier einschlagende kritische Frage über die Grenzen der regierenden und der richterlichen Gewalt, namentlich da, wo erstere in die privatrechtliche Freiheit eingreift, und von letzterer deshalb Hülfe gesucht wird, rechtfertigt einiges Verweilen dabei.

Wir sehen den Einwohner eines bestimmten Staatsgebietes zuvörderst als Unterthan gegenüber der regierenden (aufsehenden und anordnenden) Gewalt, in welcher Eigenschaft er in den verfassungsmäßig gemachten Anordnungen derselben eine Beschränkung seiner Willkühr, soweit letztere damit unverträglich ist, anzuerkennen hat. So ist der Besitzer eines Waldes aus Gründen des öffentlichen Wohls in dem freien Gebrauche seines Eigenthums, nämlich in der willkührlichen Cultur und Bewirthschaftung des Waldes, durch Forstordnungen ein-

Digitized by Google

geschränkt, indem diese ihn verpflichten, wenigstens bei gewissen Unternehmungen, wobei die Besorgniß einer forstcultur-widrigen Behandlung entsteht, wofern nicht nach bestimmten Grundsätzen und Regeln verfahren wird, der Aufsicht und Leitung der Forstbehörden sich zu unterwerfen. Beabsichtet er also einen ausserordentlichen Holzschlag oder gar den gänzlichen Abtrieb seiner Waldung, so muß er die Genehmigung und Anweisung der Forstbehörde einholen. Glaubt er sich durch selbige unbillig beschränkt, so kann er nicht Hülfe bei den Gerichten suchen, es steht ihm also auch keine gerichtliche Klage zu. Denn sofern die ihm beschwerend erscheinende Anordnung sich auf die Forstpolizeigesetze gründet, könnte der Richter ohnehin nichts thun, als den Imploranten zur Ordnung anzuweisen. Träte aber wirklich der Fall einer willkührlichen Behandlung von Seiten des Forstbeamten ein, so wäre hier wiederum von der richterlichen Gewalt keine Abhülfe zu erwarten, weil der Forstbeamte über seine Amtsführung zunächst wenigstens nur seiner vorgesetzten Behörde verantwortlich ist. Der Gekränkte müßte sich daher im Administrativwege an jene Behörde und nöthigenfalls in der verfassungsmäßigen Verwaltungs-Instanzenordnung an die höhere Stelle wenden, unbeschadet, wie sich von selbst versteht, der etwaigen Schadensersatz-Ansprüche an den eigenmächtig und ordnungswidrig oder gar geflissentlich zur Kränkung des Waldeigenthümers verfahrenden Vollziehungsbeamten im bürgerlichen Rechtswege. Anders wäre der Fall, wenn der Waldbesitzer einen ausserordentlichen Holzhieb selbst mit Genehmigung der Forstaufsichtsbehörde vornähme, aber sein Hypothekgläubiger Einspruch thäte. Hier wäre es eine reine Justizsache, und der Richter würde auf Antrag des gefährdeten Gläubigers das Geeignete zu verfügen haben.

Digitized by Google

Gleiche polizeiliche Beschränkungen, die der Richter nicht abwenden kann, kommen unter andern beim Bauwesen vor. Die Errichtung neuer Feuerstellen, selbst auf eigenem Grund und Boden unterliegt der Genehmigung der Baupolizeibehörde. Wer statt seines abgetragenen alten Gebäudes einen neuen Bau führen will, muß sich nach den baupolizeilichen Regeln achten. Er kann sich nicht darauf berufen, daß sein Bau seit Menschengedenken anders und so gestanden, wie er ihn jetzt wieder aufzuführen Lust hat. Denn ließe man jedem hierin die Freiheit, nach seiner Laune zu bauen, so könnten leicht, nächst den Forderungen des Schönheits- und Schicklichkeitssinnes, auch die der Feuerpolizei gefährdet seyn, welche alles zu verhüten befugt und verpflichtet ist, was entweder die Weiterverbreitung eines Brandes befördern, oder ein Hinderniß bei dem Löschen machen kann.

Endlich zeigt sich uns eine sehr bekannte Beschränkung der Eigenthumsfreiheit in der Anwendung des s. g. äusserſten Rechts (jus eminens, Nothrecht des Staats), von welchem übrigens kaum mehr erinnert werden darf, was schon sein Wortbegriff: Nothrecht zu erkennen gibt, daß es nur bei eintretender unvermeidlicher Collision des öffentlichen und Privatwohls und nach den desfalls bestehenden Gesetzen und Formen anwendbar ist, keineswegs also wie man sonst wohl angenommen hat, auf einem dominium eminens des Staats oder auch darauf beruht, was etwa — vielleicht nach bloßen Convenienz-Maximen der Gewalthaber — das s. g. Beste des Staats fordert *n*). Indessen diese Materie

*n*) Klüber's öffentl. Recht des deutschen Bundes. (3. Aufl.) §. 551 fg. Pfeiffer's practische Ausführungen 3. Bd. S. 288 ff. 475.

Materie bietet gerade keine kritische Seite in unserer Betrachtung dar; denn bei diesem ausserordentlichen Recht pflegt das Geschehenlassenmüssen auf der einen- und die vollständige Entschädigungsverbindlichkeit auf der andern Seite ebenso wie die Competenz der Gerichte dießfalls ohnehin nicht zweifelhaft zu seyn *o*).

## §. 99.

Fortsetzung, und zwar a) Beschränkungen als Wirkung der gesetzgebenden, insonderheit der Privilegien-Gewalt.

Auch aus dem Verhältniß des Unterthans zur gesetzgebenden Gewalt des Staats entstehen Beschränkungen der natürlichen Freiheit desselben, und zwar sowohl durch allgemeine oder eigentliche Gesetze, als durch besondere, Gesetzeskraft habende Anordnungen. Zu den Beschränkungen durch allgemeine Gesetze gehören die gesetzlichen oder s. g. nothwendigen Servituten, wornach der Eigenthümer einer Sache entweder zu gewissen Duldungen oder Unterlassungen oder auch Leistungen aus Gründen des gemeinen Wohls oder zur Erhaltung des Nachbars, oder aus sonstigen Gründen der Billigkeit verpflichtet wird *p*). Dergleichen sind die Beschränkungen des Eigenthums, wovon oben (§. 76 fg.) die Rede war. Von diesen, auf allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Beschränkungen der Freiheit kann indessen hier, wo es bloß darum sich handelt, die Grenzen zwischen den Befugnissen der Staatsgewalt gegenüber erworbenen Rechten der Einzelnen zu fixiren, keine Rede seyn. Denn in Ansehung der eigentlichen Gesetze, die jura singularia und beneficia legis mit

*o*) Pfeiffer S. 294.

*p*) Thibaut's System §. 582 — 589.

inbegriffen, weiß jeder, der im Staate lebt, ohnehin nicht anders, als daß er hierin dem Willen der legislatorischen Gewalt sich unbedingt unterwerfen muß; seine Rechtsfreiheit ist schon dadurch gesichert, daß das Gesetz nicht rückwärts wirkt; ob ausserdem ein neues Gesetz in die Rechtsverhältnisse des Unterthans eingreift, darüber gibt es keine Erörterungen vor der richterlichen, als bloß gesetzvollziehenden Gewalt.

Aber anders verhält sich die Sache, was die besondern gesetzlichen Anordnungen betrifft, wodurch Ausnahmen von allgemeinen Gesetzen zum Besten gewisser physischer oder juristischer Personen oder Sachen für eine bestimmte oder unbestimmte Reihe künftiger Fälle dem Staatszwecke gemäß gemacht werden, nämlich Privilegien q). Denn diese können ihrer Natur nach mit den Interessen Einzelner sogar in wohlerworbenen Rechten collidiren, so daß deren Widerspruch Erörterungen von der Art veranlassen kann, wie sie bei den Schöpfungen der gesetzgebenden Gewalt nicht Statt finden. Zwar auch die Privilegien sind Anordnungen dieser Gewalt, sie werden jedoch selbst da, wo Landstände zur Gesetzgebung concurriren, zu den vorbehaltenen Rechten des Staatsoberhaupts gerechnet, während die Concurrenz der Stände auf allgemeine Gesetze beschränkt ist. Nur soweit es auf Feststellung allgemeiner Grundsätze ankommt, wornach bei der, nicht rein auf Gnade beruhenden Privilegien-Ertheilung und was dahin gehört, zu verfahren ist, gehört die Bestimmung darüber der

---

q) Vergl. Boehmer in exercit. ad pand. Tom. I. ex. 14.
Klüber's öffentl. Recht §. 461 ff. 483 ff.
Schmid's Lehrb. des gem. deutschen Staatsrechts 1. Abth. (Jena 1821.) §. 66 ff.
Mühlenbruch doct. pand. I. §. 80 sq.

Digitized by Google

allgemeinen Gesetzgebung an, und ist durch den Beirath und die Zustimmung der Stände bedingt, namentlich also, wenn es sich um Gewerbsfreiheit oder Gewerbszwang, um die Modalitäten der Gewerbsverleihung u. s. w. handelt, da hiebei leichtbegreiflich das gemeine Wohl so sehr als bei irgend einem allgemeinen Gesetz betheiligt ist. Ueber diesen zuletzt bemerkten Gegenstand der gesetzgebenden oder sonst obersten Gewalt, — die Privilegien — zum Unterschied der jura singularia Privilegien im eigentlichen Sinne genannt, können nun, wie gedacht, allerdings contradictorische Erörterungen entstehen, eben weil sie vorzugsweise dazu geeignet sind, mit erworbenen Rechten, es sey Gleichprivilegirter oder Nichtprivilegirter in Widerspruch zu kommen, zumal da die Privilegien-Ertheilung nicht zu den seltenen Erscheinungen gehört. Denn in die Classe oder doch zur Verwandtschaft der Privilegien rechnet man auch die Concessionen, wodurch die Befugniß ertheilt wird, gewisse Gewerbe zu treiben, die zwar an sich nichts Unerlaubtes enthalten, deren Betrieb aber die Polizeigewalt aus Gründen der Fürsorge für die öffentliche Sicherheit, die Gesundheit und sonst für das öffentliche Wohl nicht eines jeden Willkühr überlassen kann, wie das Gastwirthschafts-, Brauerei-, Apotheker- ꝛc. Gewerbe. Bei den Verleihungen der übrigen Gewerbe ist auch wohl nur das Herkommen entscheidend und durch Gründe der Vervollkommnung des Gewerbswesens und der Verdrängung schädlicher Pfuschereien zum Nachtheile des Publikums gerechtfertigt.

## §. 100.

### Möglicher Schutz gegen Beschränkungen durch Privilegien.

Bei den Privilegien muß die staats- und die pri-

vatrechtliche Seite wohl unterschieden werden. In Hinsicht auf die erstere, wo die Zweckmäßigkeit eines erst zu verleihenden Privilegiums in Erwägung kommt, fällt die Beurtheilung niemals in den Wirkungskreis der Justizgewalt, dagegen in Hinsicht auf die privatrechtliche Seite, wo die Wirkungen eines schon bestehenden Privilegiums in Contestation kommen, immer. Doch kann auch die erstere Beziehung in so weit privatrechtlicher Natur werden, als es darauf ankommt, die Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte auszugleichen. Die Beschwerde der Krämer des Orts wider den Apotheker, daß er mit Spezereiwaaren handle, mag sich zwar zunächst zur Abhülfe der Polizei eignen, welche berufen ist, die Gewerbsgrenzen zu handhaben, und die hierüber vorhandenen Gesetze, ohne weitere Frage um ihre Zweckmäßigkeit zu vollstrecken, soweit sie so deutlich sind, daß darüber kein vernünftiger Zweifel entstehen kann. Ist dieß aber nicht der Fall, ist die Gewerbsordnung unbestimmt, oder behauptet der Apotheker, daß ihm bei seiner Concessionirung die bestrittene Befugniß mit verliehen worden, so muß der Streit vor dem Richter ausgetragen werden. Eben so wird die Gemeinde zu Steinbach ihr Recht vor Gericht verfolgen müssen, wenn der imparochirte adelige Gutsbesitzer die Concurrenz zu dem Kirchenbau in Berufung auf ein Privilegium ablehnt, und die Gemeinde dessen Gültigkeit oder Relevanz widerspricht. Hier handelt es sich bloß um die Vollziehung bestehender Privilegien, wobei natürlich deren genetische Verhältnisse zur Sprache kommen können, auch wohl kommen werden. Anders wäre der Fall, wenn erst gefragt würde, ob und unter welchen Bedingungen dem Apotheker, dem Gutsbesitzer — gegen den Widerspruche der Krämer, der Gemeinde — das bezielte Vorrecht erthilt werden könne, und wie weit hier die

Befugnisse der Gerichte reichen. Darüber müssen nun vor allen die Grundsätze festgehalten werden, welche die Grenzen zwischen der richterlichen und der administrativen Gewalt in deren geschiedenen Wirkungskreisen bestimmen, und hier schlägt denn die vornämlich in neuerer Zeit vielmals angeregte practisch-wichtige Frage über die Grenzen der richterlichen und der regierenden Gewalt ein r).

Gegen keinen Akt der gesetzgebenden oder regierenden Gewalt stehet dem Staatsbürger, gesetzt, daß auch eine nachtheilige Veränderung in seinen Zuständen die Folge davon seyn sollte, ein Recht zum Widerspruche zu. Dieß gilt denn auch von der Ertheilung eines Privilegiums, einer Concession oder eines sonstigen Vorrechts des einen Staatsbürgers vor dem andern, vorausgesetzt, daß dabei die verfassungsmäßigen materiellen und formellen Erfordernisse beobachtet worden sind. Es ist aber bei dem Akt der Ertheilung eine wesentliche Forderung, daß wohlerworbene Rechte eines Dritten nicht beeinträchtigt werden. Der Dritte ist also, wenn er hiebei nicht gehört worden, etwa weil sein entgegenstehendes Recht nicht bekannt war, zu Reclamationen bei der Staatsgewalt befugt und diese wird und muß darauf Rücksicht nehmen. Sind die Betheiligten bekannt, so ist ohnehin deren Vernehmung, überhaupt eine vorgängige causae cognitio nothwendig, auch gewöhnlich. So werden die Gläubiger bei der Verleihung eines Moratoriums vorher vernommen, damit sich die Regierung

---

r) Vergl. vor allen Pfeiffer's practische Ausführungen 3. Bd. N. X. — Auch Mittermaier im Archiv für civ. Pr. IV. n. XXIV. Ingleichen des Verfassers Abhandlung: über die s. g. Administrativjustiz in dessen Beiträgen I. N. VII.

nicht dem Vorwurfe aussetze, auf Kosten der Gerechtigkeit Gnade ertheilt zu haben s). Auch wird, wo man vermuthen kann, daß unbekannte Interessenten vorhanden sind, das Privilegium ausdrücklich mit Vorbehalt der Rechte eines Dritten verliehen. So wird ein Buch-, ein Kunstwerkverlags-, ein Erfindungs-Privilegium (brevet d'invention) unter diesem Vorbehalt ertheilt und dadurch demjenigen, welcher darthun kann, daß er ein früheres Verlagsrecht erworben als der Privilegirte, daß die Erfindung von ihm gemacht worden, sein Recht erhalten. Da dieser Vorbehalt die Natur einer Resolutivbedingung hat, so leidet es keinen Zweifel, daß auch der Richter in contradictorio die beiderseitigen Rechtsverhältnisse und somit die fernere Wirksamkeit des Privilegiums zum Gegenstand seiner Beurtheilung und Entscheidung machen kann und muß.

## §. 101.

b) Beschränkungen durch Regierungshandlungen und möglicher Schutz dagegen.

Auch durch andere Regierungshandlungen als durch Privilegien (soweit diese nämlich dem Ressort der regierenden Gewalt vindicirt werden) können Rechte der Einzelnen beschränkt werden. Da der, welcher durch eine Regierungshandlung in seinen Rechten gekränkt wird, vorausgesetzt daß jene sonst verfassungsmäßig ins Daseyn gekommen ist, kein Widerspruchsrecht hat, so kann

s) — wo überhaupt dieses bedenkliche Reservatrecht der landesherrlichen Gewalt, kraft dessen sie Gnade ertheilt, wo nur Gerechtigkeit zur Richtschnur dienen sollte, noch besteht. In Preußen, einem s. g. nicht constitutionellen Staat (!?) weiß man längst nichts mehr davon.

Digitized by Google

er dergleichen auch nicht im Wege Rechtens geltend machen, folglich auch der Richter nicht eingreifen. Aber das rechtliche Daseyn dieser Handlung, so wie deren Wirkung und Folgen fallen unter das richterliche Urtheil. Der Richter prüft also im Rechtswege, ob der Regierungsakt wirklich und zugleich nach Form und Inhalt rechtbeständig bestehe, ob er nicht etwa durch Mißbrauch einer Amtsgewalt sein Daseyn erhalten. Wäre letzteres der Fall, der Akt also nichtig, so würde Verantwortung und Entschädigungsverbindlichkeit ohne weiters auf den Urheber fallen, und der Richter hiernach erkennen, was Rechtens ist. Findet sich aber gegen die formale Gültigkeit nichts zu erinnern, so kann zwar der Richter, von dessen Beurtheilung die Frage um die Zweckmäßigkeit ausgeschlossen ist, nichts weiter thun, als den Akt, so weit es an ihm liegt, zu handhaben. Ergibt sich indessen, daß dadurch der Einzelne in wohlerworbenen Rechten beeinträchtigt wird, so wird das richterliche Amt für den Zweck der Schadloshaltung wirksam, indem es ausspricht, daß dem R. für den Verlust seines wohlerworbenen Wässerungsrechts bei der Schiffbarmachung des Flusses Entschädigung gebühre, und selbige ihrem Betrage nach festsetzt. Die Vollziehung dieses Ausspruchs muß dann im verfassungsmäßigen Wege bewirkt werden. Denn das rechtliche Gleichgewicht in den einzelnen Rechtsverhältnissen zu sichern und wiederherzustellen entspricht ganz dem Zwecke der bürgerlichen Rechtspflege *t*). Noch weniger ist die Sache schwierig, wenn der vorhin bemerkte Fall der bedingten Verleihung eines Privilegs, einer Concession eintritt, oder wenn über de-

*t*) Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. IV. S. 330. Pfeiffer a. a. O. S. 283. Schmid a. a. O. §. 70. 71. 77.

ren Umfang zwischen dem Privilegirten oder Concessionirten einer- und andern Privilegirten oder Nichtprivilegirten, anderer Seits Streit entsteht, indem hier schlechthin die Bestimmungen des Privatrechts zur Richtschnur dienen müssen. Auch bei dem Mißbrauch eines Privilegiums, besonders wenn daraus nachtheilige Folgen für den Staat entstehen, kann auf dessen Privation im Wege Rechtens erkannt werden *u*). Alles dieses gilt insonderheit auch von Zwangs- und Bannrechten, diese mögen nun als eine Art von Industrie-Concessionen *v*), mithin als Privilegien unmittelbar von der höchsten Gewalt ausgehen, oder als auf Vertrag oder Verjährung beruhend auch in Ansehung ihrer Entstehung privatrechtlicher Natur seyn.

Kann man übrigens gleich bei diesen verschiedenen Beschränkungen die Grundsätze des R. R. nicht schlechthin annehmen, sind jene vielmehr sowohl in Beziehung auf ihre Entstehung, ihren Umfang und ihre Wirkungen nach deutschem Recht und der heutigen Verfassung zu beurtheilen, so ist doch ihre Aehnlichkeit mit römischen Servituten unläugbar, daher an dem Gebrauche der römischen Servitutklagen auf nützliche Weise *w*) nicht zu zweifeln. Denn zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten treten hier Verhältnisse ein, die sich nur mit römischen Servituten vergleichen lassen. Es handelt sich nämlich nicht bloß von Beschränkungen der Rechtssphäre, wie sie da immer eintritt, wo einem Recht eine Pflicht, ohne welche jenes nicht existiren würde, entspricht, sondern hier wird das Recht eines Andern beschränkt, wel-

*u*) c. 43. X. de rescriptis (1, 3.)

*v*) Klüber §. 486. Note f.

*w*) Eichhorn's Einleit. §. 166. 185. und die vorhin S. 245. Note y. angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

ches an sich, wie die allgemeine gesetzliche, namentlich die Eigenthumsfreiheit, auch ohne eine dergleichen Beschränkung sich nicht nur denken läßt, sondern auch in der Regel so gedacht werden muß.

## §. 102.

### 2) Beschränkungen aus dem Gemeindeverband.

Da die Communalverfassung in ihren Hauptzügen einen Bestandtheil der Verfassung des Staats, folglich einen Gegenstand des Staatsrechts ausmacht, so findet, was bisher von den Verhältnissen und rechtlichen Wirkungen der Unterordnung nach der Staatssubjectionsverbindung gesagt worden, auch auf den Gemeindeverband Anwendung, sofern als ein Gemeindeglied in seiner persönlichen und Eigenthumsfreiheit schon durch den Eintritt in den Communalverband gewissen Beschränkungen sich unterwirft, welche als Bedingungen des Corporationszwecks auf Verfassungsgesetzen beruhen, daher kein Gegenstand privatrechtlicher Erörterungen sind. Die Concurrenz zu den Gemeindelasten, der Maßstab der Theilnahme daran, die Normen der Ausgleichung sind durch Gemeindeordnungen und Herkommen dem Communalzwecke gemäß regulirt, und es kann keine Frage über die Statthaftigkeit der hieraus folgenden Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit entstehen, am wenigsten Gegenstand der Prozeßführung vor den Gerichten werden. Denn diese Verhältnisse beruhen auf Fragen des öffentlichen Rechts und gehen von dem bereits feststehenden thatsächlichen Umstand aus, daß Mevius ein Gemeindeglied ist, woraus denn dessen Verbindlichkeiten nicht weniger als seine Rechte von selbst folgen. Anders verhält sich die Sache 1) wenn es darauf ankommt, ob Mevius ein Gemeindeglied und bei der angesproche-

Digitized by Google

nen Leistung oder Duldung als solches zu betrachten sey? oder 2) wenn darüber, ob die Leistung oder Duldung die Eigenschaft einer gemeindlichen habe, gestritten wird, endlich 3) wenn von Entschädigungs-Ansprüchen, welche aus Leistungen oder Duldungen kraft des Gemeindeverbands entspringen, jedoch privatrechtlicher Natur sind, die Rede ist. Denn dieß sind reine Justizsachen. Daher wird ad 1. die widersprochene Eigenschaft eines Gemeindeglieds, die bestrittene Eigenschaft eines Grundstücks bezüglich auf seine Lage in oder ausser der Ortsmarkung und die davon sich ableitende Verbindlichkeit zur Concurrenz als Privatrechtssache zwischen der Commune und dem angeblichen Gemeindeglied resp. Besitzer des zur gemeindlichen Mitleidenheit angezogen werden wollenden Objects behandelt werden müssen, eben so ad 2. die Verweigerung einer, als aus dem Communalverbande fließend behaupteten, jedoch widersprochenen Last, vorausgesetzt, daß das gemeindliche Verfassungsgesetz hierüber nicht klare Bestimmungen enthält. Auch die aus einem singulären Rechtstitel behauptete Befreiung wird unbedenklich vor das Forum der Gerichte gezogen werden. Endlich machen ad 3. die Entschädigungs-Ansprüche eines Gemeindeglieds an die Commune wegen zuviel getragener Lasten, soweit die Sache nicht vor der, die Peräquation etwa leitenden politischen Behörde ausgeglichen werden kann, ferner Forderungen eines Gemeindeglieds an die Kämmereicasse aus Verträgen u. s. w. einen Gegenstand klagbarer Verfolgung vor dem Richter. Nach den nämlichen Grundsätzen sind auch andere, unter öffentlicher Autorität bestehende Verbindungen, als da sind: Brandassecurations-, Vieh- und Hagelschlags-Versicherungs-Gesellschaften, Deichverbindungen ꝛc. zu behandeln, wenn zwischen der Corporation und deren Mitgliedern über Leistungen zum gemeinschaftlichen Zweck

Digitized by Google

und Vergütungen Streit entsteht. Denn der Zweck dieser Institute würde gefährdet seyn, wenn man es hier ohne Unterschied zu prozessualischen Weiterungen kommen ließe. Daß Streitigkeiten zwischen Gemeinden und Gemeinden, wie solche zwischen Einzelnen zu betrachten und der Competenz der Gerichte vorbehalten sind, versteht sich von selbst.

## B. Privatrechtliche Freiheitsbeschränkungen.

### §. 103.

#### I. Durch hoheitsrechtliche an Privaten übertragene Befugnisse.

Die privatrechtliche Freiheit kann auch beschränkt und es kann zu Klagen Anlaß gegeben werden I.) durch die Uebertragung hoheitlicher Gewaltbefugnisse an Privatpersonen, II.) durch die angenommene Regalität gewisser Gegenstände, III.) durch Gewerbs- und Bannrechte, endlich besonders in der Richtung gegen das Grundeigenthum IV.) durch Reallasten. Von diesen letzten wird im folg. Kapitel gehandelt werden, hier zuvörderst von den auf I. bemerkten.

Wir kennen glücklicher Weise nur Ein solches ausserordentliches Recht, das seinen Grund in der Uebertragung von Seiten der Staatsgewalt hat, d. h. in einer Art von Veräusserung einer wesentlichen hoheitlichen Befugniß, nämlich der richterlichen Gewalt: es ist die Jurisdiction und die damit verbundene niedere Polizeigewalt, — übertragen in der Eigenschaft einer im Privat-Eigenthume befindlichen, obschon unter der Hoheit des Staats ausgeübten Befugniß. Man nimmt dieses Recht als ein von der Staatsgewalt ausdrücklich oder stillschweigends übertra-

Digitized by Google

genes an, um für das einmal factisch, wenn gleich anomalisch Bestehende, was man doch nicht aufgeben will, oder auch wohl ohne Schwierigkeiten nicht aufzugeben weiß, eine Art von Rechtfertigung zu haben. So gilt denn dasselbe wenigstens als geschichtlich Begründetes, was und wie viel auch in staatsrechtlicher Hinsicht sonst dawider und gegen die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit dieser, wenn auch nur modificativen, Verleihung zu erinnern seyn mag. Daß in dieser Befugniß, eine Gerichtsbarkeit als Eigenthumsrecht über Staatsbürger zu üben, die sonst lediglich von den vom Staate bestellten Gerichten Recht zu nehmen und vor diesen Recht zu suchen hätten, — eine Freiheitsbeschränkung liegt, und zwar gerade keine von der unerheblichsten Art, ist wohl nicht zweifelhaft. Sie berührt zwar zunächst das Verhältniß des Staatsbürgers zur Majestät, in deren Hände imperium und jurisdictio von Rechtswegen gelegt ist, ist also publicistischer Natur; aber folgerungsweise geht sie den Staatsangehörigen auch in Beziehung auf seinen Privatzustand an, und äussert ihre Wirkungen genau betrachtet bloß darin. Von dieser Seite fassen wir sie daher auch hier auf, als ein der persönlichen und Eigenthumsfreiheit entgegenstehendes, so zu sagen patrimonialisirtes, Recht.

Was die Modalitäten der Ausübung dieses Rechts der Patrimonialgerichtsbarkeit betrifft, so sind sie, wie sich von selbst versteht, kein Gegenstand privatrechtlicher freier Verfügung, da das Recht in so fern selbst unveräusserlich ist. Der Inhaber der Patrimonialgerichtsbarkeit hat daher gegen die Staatsgewalt kein Recht des Widerspruchs wider die kraft der gesetzgebenden und regierenden Gewalt von ihr gemachten Anordnungen bezüglich auf die Verwaltung der Justiz und Polizei, er muß sich vielmehr selbigen unbedingt unterwerfen. Wohl

Digitized by Google

aber ist 1) gegenüber der verleihenden Gewalt die Befugniß selbst, die nun einmal einen Theil des Patrimoniums des berechtigten Subjects ausmacht, ein Gegenstand der privatrechtlichen Verfolgung, im Falle die Staatsgewalt etwa willkührlich die Verleihung zurücknehmen, die Patrimonialgerichtsbarkeit einziehen wollte; und eben dieses ist 2) der Fall in dem Verhältniß gegen Andere, wenn diese etwa Befugnisse sich anmaßen oder Befreiungen behaupten wollten, die mit dem verliehenen Recht unvereinbarlich wären. Indessen machen die bestrittenen Befugnisse in der letztern Beziehung, es sey daß zwischen mehrern Jurisdictions-Berechtigten oder mit den Gerichtsinsassen Irrungen entstehen, gewöhnlich einen Gegenstand der Cognition und Entscheidung der vorgesetzten Regierungsbehörde aus. Man läßt es bei der Klage über einen Jurisdictionsübergriff, über einen Sportelexceß ꝛc. nicht zu einem gerichtlichen Prozeß kommen, wenn schon auch hier bei bestrittenen eigentlichen Privatrechten der Weg zum Richter nicht abgeschnitten werden kann. Dieser ist ohnehin allein competent da, wo es auf Entschädigungsklagen gegen den Richteramtsbeamten, oder auf Regreßklagen gegen den Gerichtsherrn aus Handlungen des Justitiars ankommt.

## §. 104.

### II. Beschränkungen aus der Regalität gewisser Befugnisse.

**Wenn bei dem im vorigen §. betrachteten Verhältniß die privatrechtliche Natur etwa auch noch bestritten werden möchte, so ist doch die Eigenschaft eines Privatrechts in Ansehung der eigentlich niedern und nutzbaren Regalien, ausser allem Zweifel, sie mögen nun noch in den Händen des ursprünglichen Erwerbers, des Regenten, oder als Gegenstände der Veräusserung**

Digitized by Google

in Privathände übergegangen seyn. Soweit diese Regalien das Eigenthum afficiren, wie z. B. das Jagdregal, bestehen sie in einem jus in re aliena, welches Aehnlichkeit mit Servituten hat; nur ist der Erwerbstitel hier ein anderer als bei letztern, indem es weder auf ausdrückliche noch stillschweigende Verwilligung des Eigenthümers des belasteten Fundus dabei ankommt. Unter diese Regalien gehören: 1) das Wasserregal, und die damit verbundene Befugniß zur Anlegung von Mühlen, zur Floß- und Schifffahrt ꝛc., 2) das Forstregal, 3) das Jagdregal, 4) das Bergwerks-, 5) das Salzregal, 6) das Recht auf herrnlose Sachen u. d. gl. Hieher ist auch das Recht auf grundherrliche Abgaben und Leistungen zu rechnen, sofern von Grundholden der Staatsgewalt die Rede ist. Alle diese niedern Regalien sind nur Patrimonialrechte x) und sie leiten ihre Abkunft, was die unter 1—5 bemerkten Regalien betrifft, meist davon her, daß sich die Inhaber der regierenden Gewalt solche Gegenstände ausschließlich zugeeignet haben, welche ursprünglich der gemeinsamen Benutzung und Zueignung für jedermann oder doch für gewisse Classen des Volks, namentlich der echten Eigenthümer nach Gelegenheit und Convenienz ihres Besitzthums überlassen waren. Sofern als bei diesen Regalien das ursprüngliche natürliche Gebrauchs- und Zueignungsrecht rücksichtlich einer Sache, welche in niemands privativem Eigenthum ist, beschränkt erscheint, z. B. das Recht, wilde Thiere zu erlegen, öffentliche Flüsse zu unsern Zwecken zu gebrauchen, so weit dieses letztere nur immer unbeschadet der Substanz geschehen kann, ferner herrnlose Sachen sich zuzueignen, — leidet es keinen Zweifel, diese Rechte als Beschränkungen der natürlichen Freiheit

x) Klüber a. a. O. §. 99. 353.

anzunehmen, und soweit sie gegen die Eigenthumsfreiheit gerichtet sind, die Analogie von römischen Servituten anzuwenden. Auf jeden Fall ist nicht zu zweifeln, daß bei dem Streit über diese Rechte die Competenz der Gerichte eintritt, welche, selbst wenn der Regent oder die fiscalische Behörde als Partei erscheint, die Grundsätze des bürgerlichen Rechts und Verfahrens zu beobachten haben. Es finden daher sowohl petitorische als possessorische Klagen Statt y), vorausgesetzt, daß nicht hie und da partikularrechtliche Bestimmungen, es sey durch Anordnung eines besondern Gerichtsstandes („Administrativ-Forum"), oder sonst, etwas anderes festsetzen. Als ausgemacht darf indessen angenommen werden, daß in Fällen, wo es nicht bloß auf ärarialische Interessen von patrimonialrechtlicher Art (aus Regalien und Domänen des Landesherrn), sondern auf Gegenstände des Besteuerungsrechts und was dahin gehört, ankommt, oder wo kraft der eigentlichen hoheitlichen Gewalt Anordnungen gemacht werden, wodurch das Interesse der Einzelnen berührt wird, und eine Entschädigungsklage begründet ist, (§. 101.) possessorische Rechtsmittel so wenig als petitorische zur Hemmung der Handlungen der regierenden Gewalt gebraucht werden können. Daher sind die Verwaltungsbehörden befugt, ihre innerhalb der Grenzen ihrer Dienstvorschrift erlassenen Verfügungen, unangesehen des von dem Betheiligten etwa ergriffenen Rechtswegs, zum Vollzuge zu bringen, und es kann hier, wo es nur auf Geltendmachung eines etwaigen Entschädigungsanspruchs für ein verletztes Pri-

---

y) Hommel Rhaps. obs. 553. Klüber §. 474. c. d. Pfeiffer a. a. O. S. 509. — Archiv f. c. Pr. VII. S. 260. n. 75. wo auch die Autoritäten für die entgegengesetzte Meinung angeführt sind.

vatrecht ankommt, von einem possessorischen Rechtsmittel, so wie überhaupt von einer Klage vor Gericht zur Hinderung des Akts der Administrativbehörde keine Rede seyn. Die Handlung wird zum Vollzug gebracht und dem in seinen Rechten vermeintlich Verletzten überlassen, wenn ihm die Entschädigung von der regierenden Gewalt verweigert wird, den Rechtsweg einzuschlagen.

## §. 105.

II. Beschränkungen durch Gewerbs- und Bannrechte.

Ein Hinderniß der freien Industrie mithin des willkührlichen Gebrauchs unserer productiven Kräfte machen auch die Verleihungen von Gewerbsrechten und Zunftprivilegien, die ihre Entstehung aus Befugnissen der landesherrlichen Gewalt für den Zweck der Beförderung des bürgerlichen Nahrungsstandes sowohl als der Vervollkommnung der Erzeugnisse des Kunst- und Gewerbfleißes ableiten. Sie können theils persönlicher theils realer Art seyn. Die erstern, welche nach der deutschen Rechtsparömie: Kunst erbt nicht, die Regel ausmachen, sind an die Person des Berechtigten gebunden, daher nicht veräusserlich, und gehen nicht auf die Erben über, wenn schon auf Wittwen, rücksichtlich des Fortbetriebs mit tüchtigen Gehülfen, sowie auf gewerbskundige Kinder bei anderweiter Verleihung billige Rücksicht genommen zu werden pflegt. Bei den Wittwen ist dieß ein Ueberbleibsel der ehemaligen bedeutenden Vorrechte der Meisterswittwen, auch schon eine Forderung der Humanität. Immer gilt als Regel, daß jede Gewerbsverleihung a) auf Concession der Staatsgewalt, b) an ein gewerbsfähiges Subject und c) unbeschadet der wohlerworbenen Rechte Dritter beruhen, und d) mit Beobachtung der vorgeschriebenen Formen ertheilt seyn muß,

muß, welche Gewißheit der Erfüllung aller Vorbedingungen gewähren und daß insonderheit die Behörden, denen diese Befugniß vom Staat übertragen ist, den Gesetzen und Verfassungen gemäß verfahren. Es ändert übrigens nichts an der persönlichen Eigenschaft der Gewerbe, wenn selbige auch mit gewissen selbst für unbeweglich geltenden Ein- und Vorrichtungen verbunden sind, sofern nur diese nicht die Hauptsache bei dem ganzen Gewerbsbetrieb ausmachen. — Die Gewerbsbefähigung als wesentliche Bedingung der Verleihung muß auch bei den nach Landes- und Localverfassungen für real angenommenen somit veräusserlichen Gewerben Statt finden, also daß nur ein gewerbskundiges Subject zur Erwerbung zugelassen werden darf. Unter den realen Gewerben zeichnen sich, namentlich in Bayern, noch die s. g. radicirten Gewerbe aus, welche gewisse größere Vor- und Einrichtungen, besonders an Gebäuden fordern, dergleichen Mühlen, Brauereien, Gastwirthschaften sind z). Solche radicirte Gewerbe kann auch ein Nichtbefähigter erwerben, nur ist derselbe verbunden, einen gewerbskundigen Werkführer anzustellen.

Da durch diese Gewerbsrechte die natürliche Freiheit des Gebrauchs unserer körperlichen und intellectuellen Kräfte beschränkt wird, indem der zum Betrieb einer gewissen Profession Concessionirte Andern, die etwa ebenfalls die Befähigung dazu hätten, gleiche Befugniß geltend zu machen verbieten kann, so können aus Gewerbsconcessionen Streitigkeiten entstehen, sowohl zwischen den Genossen eines Gewerbs und den eines andern wegen Nahrungsbeeinträchtigung oder überhaupt unbefugter Gewerbsübung, als mit unberechtigten Gewerbsanmaßern oder Pfuschern. So weit diese Streitigkeiten nicht von

z) Bayer. Gewerbsgesetz vom 11. Septbr. 1825. Art. 4.

der Art sind, daß sie von Polizeibehörden nach deutlichen Zunftordnungen abgewandelt werden können, tritt die Competenz der Gerichte auf die confessorische oder negatorische Klagstellung ein, sowie nach Gelegenheit deren Schutz gegen Störungen und Anmaßungen zur Behauptung des Quasibesitzes dieses Rechts (Seite 244 f.). Wo es auf bestrittene Schadensersatzleistung ankommt, ist die Zuständigkeit der Gerichte ohnehin unbezweifelt. Eben so können Streitigkeiten und Rechtsbeschränkungen eintreten kraft des Zunft- oder Corporationsverbands, wobei denn die Analogie von Gemeindeverbindungen (§. 102.) Statt findet.

## §. 106.

### Durch Zwangs- und Bannrechte besonders.

In die Classe der Beschränkungen durch Gewerbsrechte gehören auch die Zwangs- und Bannrechte, wo sie noch bestehen und nicht gleich andern schädlichen Monopolien auf thunliche Weise, also immer mit billiger Berücksichtigung der Entschädigungsansprüche des Berechtigten, abgeschafft sind. Diese Zwangs- und Bannrechte, die freilich in ihrem Ursprung ein milderes Ansehen hatten *a*), bestehen in der Befugniß, wegen des Besitzes einer Sache, wegen eines Subjectionsverhältnisses oder Incolats Andere in dem Gebrauche ihrer natürlichen Freiheit dadurch zu beschränken, daß man ihnen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse anderswo als bei dem Berechtigten untersagt. Daß darin eine zweifache Befugniß, nämlich 1) zu einem Verbot, welches die natürliche Gewerbsfreiheit des Bannpflichtigen beschränkt, 2) zu einem Zwang zur Abnahme

*a*) Möser's patr. Phantas. II. n. 62.

der Bannproducte des Berechtigten enthalten sey *b*), läßt sich nur von einem indirecten Zwange behaupten. Denn es wird zugegeben, daß der Bannpflichtige nie gezwungen werden könne, die Gewerbsproducte dem Berechtigten abzunehmen, wenn er ihrer nicht bedarf. Dieses bisweilen auf dem Besitz eines Guts haftende, noch häufiger aber Corporationen, Stadtgemeinden, Zünften zustehende Recht, wovon die eminentesten Arten der Mühlenzwang und der Bierzwang sind, hat man sonst mit Unrecht für deutsche servitutes in faciendo angenommen und den Realservituten beigezählt, wovon sie doch wesentlich verschieden sind *c*). Sie gehören auch nicht eigentlich unter die Reallasten, da sie nur selten als dingliche, ordentlicher Weise vielmehr als persönliche Beschränkungen erscheinen *d*).

---

## Viertes Kapitel.

### Von Reallasten und den daraus entstehenden Klagen.

### §. 107.

Character der Reallasten im Allgemeinen.

Die wichtigsten und, wenigstens was das Besitzthum der Landeigenthümer als solcher betrifft, am allgemeinsten verbreiteten Beschränkungen der Eigenthumsfreiheit

---

*b*) Maurenbrecher's Lehrb. des heut. gem. deutschen Rechts I. Abtheil. §. 284.

*c*) v. Glück's Commentar X. Seite 9.

*d*) Maurenbrecher a. a. O. S. 364.



Digitized by Google

sind die Reallasten e) daher sie nach dem Zwecke dieser Schrift und bei ihrer practischen Brauchbarkeit auch eine etwas umständlichere Betrachtung hier finden sollen. Man versteht darunter im weiteren Sinne des Worts alle auf dem bäuerlichen f), zum landwirthschaftlichen Erwerb bestimmten Grundbesitzthume haftende, theils beständig fortdauernde theils zeitige Abgaben und Leistungen, wovon erstere, die beständigen Lasten (onera perpetua), entweder auf öffentlichen oder auf Privatrechts-Titeln beruhen. Durch die Haftung auf dem Grundbesitzthume d. h. eben dadurch, daß sie Real-Lasten sind, unterscheiden sie sich von andern bloß der Person anklebenden Lasten und Leistungen, welche auch Personen, die mit Immobilien nicht begütert, jedoch ansässig sind, oft selbst an Gutsherrschaften, unter dem Namen von Schutzgeld, Heerdgeld ꝛc. zu entrichten, oder auch als Dienste zu leisten haben, weil sie ihre Wohnung auf einem im grundherrlichen Verbande (Dominikal-Nexus) stehenden Gute haben. Von dieser Art der Belasteten sind die s. g. Häusler, Einlieger, Beständner (die einzelne Feldstücke in „Bestand" oder Pacht haben) und sich im übrigen als Pro-

e) Ausser den Lehrbüchern von Runde (§. 492 ff. 504 ff.) Eichhorn (§. 101 ff.) Mittermaier (§. 153 ff.) Phillips (I. S. 294.) Maurenbrecher (§. 294.) Ortloff (S. 413.) kann verglichen werden: Hagemann's Handb. des Landwirthschaftsrechts (Hann. 1807. 8.) §. 229. Auch Seuffert das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht. Würzb. 1819. 8. und Schwarz das Institut der Reallasten. Erlangen 1827. 8.

f) Es braucht kaum erinnert zu werden, daß es nicht auf den persönlichen Stand des Besitzers als Bauer, sondern auf die Eigenschaft des Guts ankommt, mag auch der zeitige Besitzer zu einem andern Stande gehören.

Digitized by Google

fessionisten oder vom Taglohne nähren. So entrichten sie die Abgabe, so wie den Dienst als persönliche Last vermöge ihres Wohnungsaufenthalts auf einem grundherrlichen Gut, indem dadurch auch für sie ein Subjections-Nexus durch Herkommen oder specielle Aufnahmsbedingungen begründet wird.

Bei den zuletzt bemerkten persönlichen Abgaben und Leistungen zeigt sich der Character eines Forderungsrechts rein und unvermischt, wenn schon in der Eigenthümlichkeit der Verpflichtung, so weit diese nämlich auf Standesverhältnissen beruht, doch eine Abweichung von den gewöhnlichen römisch-civilrechtlichen Formen der Entstehung einer obligatio bemerkbar ist. Dagegen besteht das Wesen der Reallasten — ausser dieser, auch bei ihnen, und hier vorzugsweise, anzutreffenden genetischen Eigenheit — in einer Mischung von obligatio und jura in re, so daß man sie in einem auf römische Elemente gebauten System als Forderungsrechte eigener Art zwischen die jura in re und die Forderungsrechte der reinen Art stellen muß. Man hat sie deswegen mit dem Namen dingliche Forderungsrechte bezeichnet, die auf einem gleichsam personificirten Immobile haften, und darum auch nur in so weit jeden Besitzer desselben verpflichten. Daß übrigens einige ähnliche Lasten der Grundstücke, wenn gleich mehr von publicistischer Art, schon den Römern bekannt waren g), kann für die Erklärung unseres, unter ganz andern Verfassungen und Zeiten ausgebildeten rein germanischen Instituts uns eigentlich wenig helfen. — Uebrigens werden die Reallasten zu den Immobilien gerechnet, sind Gegenstand eines Quasibesitzes und possessorischer Rechts-

g) L. 2. C. sine censu vel reliquis (4, 47.) L. 7. de publicanis (39, 4.) L. 1. §. 3. de via publ. (43, 10.)

mittel, und erlöschen, in der Eigenschaft beständiger Lasten, auch in Concurs- und Subhastationsfällen nicht.

Von den beständigen Pflichten im weitesten Sinne gehören hieher diejenigen, welche der zeitige Besitzer des belasteten Guts oder Grundstücks 1) an den Staat aus dem Unterthansverbande, 2) an eine Gemeinde als Mitglied derselben, 3) an physische oder juristische Personen, es sey hier aus einem ursprünglichen Subjectionsverband oder aus Privatrechtstiteln zu leisten hat. Auch 4) gewisse Zwangs- und Banngerechtigkeiten (§. 106.) werden hieher gerechnet, so wie auch 5) zeitige Rechtsansprüche dieser Art, welche aus besondern Verträgen und letztwilligen Verordnungen zum Besten Einzelner entstehen und auf einem Immobile haften, wie namentlich der bloß *h*) bei Bauergütern gewöhnliche Altentheil. Im engern Sinn begreift man unter Reallasten nur die onera perpetua unter 1—4; im engsten und auch gewöhnlichsten Sinne des Worts aber nur die auf 3. oder die auf einem speciellen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen an Gutsherren, Kirchen, Stiftungen und Corporationen, die auf dem bäuerlichen Grundbesitzthume haften und bald in dessen vertragsweiser Ueberlassung zum Anbau unter gewissen, das Recht des Bauers modificirenden Bestimmungen, bald in der Fortvererbung früherer öffentlicher Verhältnisse ihren Ursprung haben. Von den Reallasten in dieser letztern Bedeutung *i*) wird

---

*h*) In der Regel wenigstens; denn es trifft sich wohl, daß auch bei städtischen Besitzungen und Etablissements dergleichen Leistungen an die abtretenden Besitzer und Gewerbtreibenden zu ihrem Lebensunterhalt geschehen.

*i*) In dieser Bedeutung nimmt den Ausdruck Reallasten auch das bayer. Hyp. Gesetz v. 1. Juni 1822. §. 22. num. 5. und §. 135. so wie die Instruction über dessen

auch in der Folge dieses Kapitels hauptsächlich gehandelt werden. Vorher ist noch von dem bei Bauergütern sehr wichtigen Institut des Altentheils Einiges zu bemerken.

## §. 108.

### Die rechtliche Natur des Altentheils.

Der bei deutschen Bauergütern sehr gewöhnliche Altentheil, auch Austrag, Ausnahme, Auszug, Leibzucht, u. s. w. benannt, gehört darum nicht unter die eigentlichen Reallasten, weil er kein onus perpetuum, sondern nur eine die Einkünfte des Guts, worauf er haftet, zeitig vermindernde Last ist, daher auch bei der Abschätzung des Grundstücks von dessen Werthe nicht abgezogen zu werden pflegt, wie eigentliche Reallasten *k*). Derselbe kommt, was besonders die Art seiner Bestellung betrifft, ordentlicher Weise bei Kaufcontracten vor, oder wird doch, sofern die Last auf frühere Verträge sich gründet, (dergleichen namentlich in der Form von Heirathsverträgen bei Einrichtung einer Interimswirthschaft, wenn eine Wittwe mit Kindern zur zweiten Ehe schreitet, gewöhnlich sind) bei der käuflichen Uebernahme des damit belasteten Guts realisirt. Es muß aber zur richtigen Auffassung des rechtlichen Characters dieser Last, die hauptsächlich und vorzugsweise in Alimenten, bisweilen auch zugleich in einem Nießbrauche, fast immer aber nebenher in einer Wohnung bestehet, nach Verschiedenheit der Fälle be-

---

Vollzug vom 13. März 1823. §. 19. num. 2. und v. Gönner Commentar zum H. G. I. Bd. S. 261.

*k*) Preuß. Rescript vom 28. Aug. 1818. v. Strombeck's Ergänzungen des allg. Landrechts, I. Bd. §. 369.

züglich auf die Modalitäten der Bestellung ein Unterschied gemacht werden. Man kann nämlich die Last theils von Seiten ihres Gegenstandes theils von Seiten der verpflichteten und berechtigten Subjecte betrachten:

I. Bezüglich auf den Gegenstand erscheint das Recht einer Leibzucht oder eines Altentheils A) als objectiv dinglich, (jus in re im römischen Sinne), wenn es in einem Nießbrauch oder Wohnungsrecht besteht. Hier hat es die Natur einer Personalservitut; es liegt darin eine Beschränkung des im Eigenthume enthaltenen Nutzungsrechts, indem der Eigenthümer des belasteten Guts einen Theil der ihm als solchem zustehenden Befugnisse von einem Andern ausüben lassen muß. Es können indessen B) auch bloß Leistungen, es seyen alimentarische Reichnisse oder sonstige Prästationen, z. B. Wart und Pflege, Gegenstand des Rechts seyn, und dann nennt man dieses ein objectiv persönliches, welches in die Classe der Forderungen gehört. Diese bloße obligatio kann aber deutschrechtlich den Character der Dinglichkeit unter folgenden Voraussetzungen annehmen: 1) wenn Partikularrechte der Leibzucht überhaupt die Eigenschaft eines dinglichen Rechts beilegen (gesetzliche Leibzucht;) *l*) 2) wenn die Forderung durch Vertrag auf ein Gut gelegt wird, sofern nämlich als — gegen das Prinzip des röm. Rechts, wornach durch bloße Verträge dem künftigen Besitzer eines Grundstücks als Singularsuccessor keine Verbindlichkeit auferlegt werden kann, — deutschrechtlich den Verträgen diese Wirksamkeit beigemessen wird *m*). Hier muß aber zur

*l*) Runde die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheil, (Oldenburg 1805.) Th. II. §. 35. und die dort angeführten Provinzialgesetze.

*m*) Ebendas. §. 36.

Digitized by Google

Sicherheit des Verkehrs, und um jeder Täuschung eines Dritten vorzubeugen, die Möglichkeit gewisser Formen angenommen werden, die das Daseyn des constituirten (nicht wie ad 1. durch das Gesetz als allbekannt geltenden) Rechts jedem erkennbar machen. Dieß ist indessen nur zu realisiren durch das Mittel der Behandlung nach dem Prinzip einer gewissen Publicität, es sey α) auf die Weise, daß alle ein Immobile afficirende Verträge überhaupt von der gerichtsobrigkeitlichen Concurrenz und Confirmation praevia causae cognitione abhängig gemacht werden, oder β) noch vollständiger durch Eintragung in Hyp. Bücher, deren Einrichtung auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit berechnet ist (§. 80.). — 3) Kommt es endlich darauf an, die Leistungsverbindlichkeit nach einem bestimmten Geldbetrage zu sichern, besonders aber auch für ältere Rückstände einen singulären Nachfolger zu verpflichten, so ist dafür förmliche Hypothekbestellung, also wo Hypothekenbücher eingeführt sind, die Eintragung unter den Hypotheken nothwendig.

II. Von Seiten der Subjecte betrachtet, und zwar 1) des Verpflichteten, ist die Last auch in den römischrechtlich nicht dinglichen Beziehungen ad I B. dinglich, obschon nur subjectiv, wenn die Verbindlichkeit der Prästation dergestalt auf ein Gut gelegt ist, daß sie dem jedesmaligen Besitzer desselben obliegt. 2) Rücksichtlich des Berechtigten ist dagegen das Recht eines Altentheils immer ein persönliches, und zwar, da es an dessen Person gebunden ist und mit seinem Tode erlischt, ein höchst persönliches n).

---

n) Vergl. Runde a. a. O. II. Th. §. 26 ff. — auch das preuß. A. L. R. Th. 1. Tit. 2. §. 125 ff. und Borne-

Wo förmliche Hypothekenbücher bestehen, hat die Erkenntniß der Eigenschaft einer jeden dieser verschiedenen Arten des Altentheils keine Schwierigkeiten. Denn die eigentlichen jura in re werden in diejenige Rubrik eingetragen, die den „Einschränkungen des Eigenthums oder der Disposition" gewidmet ist, wo auch die Ingrossation zugleich mit der Eintragung des Besitztitels von Amtswegen erfolgen muß, um nicht durch deren Unterlassung dem Besitzer eine Eigenschaft, nämlich des unbeschränkten Eigenthums, beizulegen, die er doch nicht hat. Dagegen werden die bloßen Forderungsrechte, wenn sie auch dem angenommenen Grundsatze gemäß für sich und selbstständig dinglicher Natur sind, (I. B. 1. 2.) in die Rubrik der „gerichtlich versicherten Schulden und andern Realverbindlichkeiten" eingetragen *o*).

Was die von einer unbedingten Einreihung des Altentheils unter die Reallasten abgeleitete Vorstellung betrifft, daß derselbe in Concurs- und Subhastationsfällen nicht erlösche, so ist sie richtig und unrichtig, je nach den Umständen; ja dem Verfasser sind in seiner Praxis ungleich mehr Fälle für die letztere als für die erstere Annahme vorgekommen. Wird das Grundstück, worauf die Last haftet, im Concurse oder im Executions-Wege zum gerichtlichen Verkauf gebracht, so hat es kein Bedenken, daß die Last auf den Käufer übergeht, wenn er sie mit zu übernehmen bereit ist; er zahlt dann natürlich ein verhältnißmäßig geringeres baares Pretium. Wenn

---

mann von Rechtsgeschäften ꝛc. nach preuß. Recht. (Berlin 1825. 8.) Seite 10 ff.

*o*) Preuß. Hyp. Ordn. de 1783. Tit. I. §. 49 ff. bayer. Hyp. Ges. de 1822. §. 136. 137. und Gönner's Comm. dazu Bd. II. Seite 235. 6.

Digitized by Google

nun aber das solchergestalt baar erlangte Kaufgeld nicht hinreicht, um die dem Altentheil etwa vorgehenden Hypothekforderungen zu befriedigen *p*); oder wenn sich überhaupt niemand findet, der das Gut mit ein paar alten Leuten, sammt den lästigen Attributen einer solchen Successiön, zu kaufen Lust hätte, — was bleibt hier anders übrig, als das Gut frei von der Last zu verkaufen? Da diese nur eine vorübergehende ist, so hat dieß auch nach der Praxis gar keine Schwierigkeiten. Zu dem Kaufgelde concurriren nun sowohl der Altentheilsberechtigte als die Hypothekgläubiger nach der Ordnung der Priorität. Reicht der Erlös zu ihrer Aller Befriedigung nicht hin, so trifft die Einbuße den letzten, folglich wenn es der Altentheils-Berechtigte ist, diesen. Es steht ihm, wie jedem mit Verlust bedrohten Gläubiger, nur frei, rechtzeitig, also vor dem definitiven Zuschlag an den Meistbietenden, wo möglich einen bessern Käufer herbeizuschaffen, oder sich selbst als solchen darzustellen, d. h. das Einlösungsrecht mit der Verbindlichkeit der Befriedigung seiner vorzugsrechtlichen Vorgänger auszuüben, wenn er dazu die Mittel hat. — Die Last des Altentheils, die der Gutskäufer nicht mit übernommen hat, wird nun auf dem Gute gelöscht, und die Concursmasse übernimmt die Verpflichtung, nach ihren Kräften die Prästationen der prioritätsrechtlichen Ordnung gemäß zu lei-

*p*) Dergleichen Hypothekschulden können an sich schon älter seyn, als der Altentheil; es hat sie der Austrägler vielleicht schon während seiner Besitzzeit contrahirt, und der Besitznachfolger sie als Schuldner in solutionem pretii übernommen: oder zwar jünger, der Austrägler aber hat ihnen die Priorität eingeräumt, weil der Gutsbesitzer, der ausserdem den benöthigten Credit nicht gefunden haben würde, den gutmüthigen Alten zur Begebung seines Vorrechts zu bewegen gewußt hat.

sten. Es wird zu dem Ende, nachdem für die Last im Prioritäts-Urtheile die gebührende Stelle rechtskräftig ausgesprochen und ihr Werth durch ordnungsmäßige Schätzung zu Geld angeschlagen worden, bei der Distribution der Masse ein Kapital ausgesetzt, und von der Vertheilung ausgenommen, dessen Zinsen die zu bestreitenden Leistungen decken. Dieses Kapital fällt, sobald mit dem Tode des Berechtigten der Altentheil erlischt, der Concursmasse und somit den im Distributionsbescheid darauf vorsorglich angewiesenen nachstehenden Gläubigern zu, und wird unterdessen depositarisch verwaltet, wenn anders diese nicht mittelst gehörig bestellter Sicherheit die Prästation selbst auf sich nehmen und sich dadurch sogleich in den Bezug des Kapitals setzen wollen. Reichen die Zinsen von dem Kapital, das nach den disponibeln Kräften der Masse nur ausgesetzt werden konnte, zur Bestreitung der jährlichen Leistung nicht hin, so bleibt nichts anders übrig, als den Hauptstock zugleich anzugreifen, wogegen die nachfolgenden Gläubiger kein Widerspruchsrecht haben, da sie nur eventuell darauf angewiesen sind, und überhaupt kein Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung hat, so lange ein ihm vorgehender noch unbefriedigt ist.

## §. 109.

### Ursprung der als Reallasten im engsten Sinn bezeichneten Gutsabgaben und Leistungen.

In Ansehung des Ursprungs dieser Reallasten zeigen sich zwei verschiedene Arten ihrer Entstehung. Sie sind nämlich

A) eine Wirkung der Gutsherrschaft, d. h. des Inbegriffs der Rechte des echten Eigenthümers an dem, einem Andern, dem Bauer, unter gewissen Beschränkun-

Digitized by Google

gen und Vorbehalten überlassenen Gut und dessen jedesmaligen Besitzer. Die Bedingungen, unter welchen diese Gutsüberlassung geschehen konnte, sind sehr mannigfaltig, und so denn auch das Recht des Bauers an seinem Gute (sein Baurecht, Colonatrecht, jus colonatus, j. colonarium) verschieden modificirt. Dem Bauer konnte nämlich das Gut überlassen werden: 1) bloß zur zeitigen Bewirthschaftung als Meier, eine Art von Pachtung, jedoch unter leidentlichen Bedingungen rücksichtlich der Pension, oder zum Eigenthum, obschon zu einem unvollkommenen, und zwar hier 2) auf bestimmte Jahre oder auch auf Lebenszeit, für die Person, den Leib des Colonus, (Leibgeding) oder 3) mit der Befugniß einer beschränkten Vererbung, „der Bauer bekam Erbrecht an dem Gute," (Verleihung zu erblichem Baurecht oder, von der Abgabe benannt: zu Erbzinsrecht). Bei diesen Ueberlassungen fand denn theils zu einiger Vergeltung für das von dem verleihenden Eigenthumsherrn entbehrte Nutzungsrecht, theils zur fortwährenden Anerkennung seines Proprietätsrechts der Vorbehalt eines Canons oder Zinses (census reservativus, verschieden von dem „auferlegten" Zins, census constitutivus, wovon sogleich ad B. die Rede seyn wird,) Statt, gewöhnlich auch der Vorbehalt von Diensten, auch von sonstigen, besonders in Besitzveränderungsfällen für die erneuerte Verleihung zu entrichtenden, Prästationen unter den Namen Laudemium, Handlohn, Lehenwaare. Auch der Vorbehalt des Rückfalls und gewisser lästiger Bedingungen für den Fall der Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtungen (Selbstpfändung, Expulsion, Zinsbußen) war dieser Gutsüberlassung eigen.

B) Ausser diesen, in Folge des gutsherrlichen Verbands stattfindenden Leistungen gibt es auch noch andere,

Digitized by Google

denen selbst der im vollen Eigenthume seines Besitzthums sich befindende Bauer unterworfen seyn kann, und es gewöhnlich auch ist. Sie haben ihren Grund entweder in einem uralten Herkommen, wie der Zehnten an Kirche und Geistlichkeit, auch an die weltliche Obrigkeit (Laienzehnten) *q*), oder in der Subjection unter eine vogteiliche Botmäßigkeit oder Jurisdiction, woher noch jetzt gewisse Abgaben den Namen haben, womit jene Gewalt geehrt werden mußte, wie Vogtszinsen, Vogtshaber, Rauchhühner *r*), oder in der Vergeltung für den Genuß gewisser Rechte, wie Forsthühner, Weidehaber. Auch Dienste oder Frohnen sind durch den Subjectionsverband begründet, sofern sie nicht in dem Vorbehalte bei gutsherrlichen Verleihungen ihren Grund haben. Zu Abgaben fand sich ferner in der Gewohnheit des Rentenkaufs ein Entstehungsgrund, wie denn überhaupt auch ohne die bemerkten staatsrechtlichen Subjectionsverhältnisse die fromme Freigebigkeit der Grundbesitzer besonders gegen Kirchen und geistliche Institute zu Stiftungen von immerwährenden Abgaben an Gotteshäuser, Klöster ꝛc. einen weiten Spielraum hatte. Nicht weniger mag der Geldmangel und die daraus entstehende Verlegenheit entweder bei Güterüberlassungen Sache und Werth mit dem h. z. T. gewöhnlichen Tauschmittel, Geld, abzugleichen, oder sonstiger Verpflichtungen sich zu entledigen, als mitwirkende Ursache dieser Erscheinungen angenommen werden. Man sah in der vertragsweisen oder letztwilligen Constituirung von jährlichen Renten noch das einzige Auskunftsmittel

---

*q*) Diese Last traf nicht sowohl den Stand der Hörigen, als das Volk im Allgemeinen. Grimm's deutsche Rechtsalterthümer S. 392.

*r*) Bodmann in Siebenkees's Beitr. Bd. V. num. I.

vor sich. Diese Abgaben werden unter dem Namen census constitutivi begriffen, und durch die Ausdrücke: schlechte Zinsen, Gattergeld, Bodenzinsen von den vorbehaltenen oder eigentlichen gutsherrlichen Zinsen unterschieden. Daß zur Entstehung mancher dieser Abgaben und Leistungen auch die Nachahmung des gutsherrlichen Verhältnisses gewirkt haben wird, ist nicht zu bezweifeln. Ueberhaupt ist die Vorstellung: wenn es der Bauer nicht ist, der gibt, wer soll denn geben? wohl schon sehr alt.

Da h. z. T. der Besitzer eines nach beiderlei Kategorien (A und B) belasteten Grundstücks sonst persönlich frei und die Leibeigenschaft bis auf einige kleine Länder in Deutschland verschwunden ist *s*), so ist der Bauer zu den fraglichen Leistungen nur vermöge seines Besitzthums verpflichtet. Selbige werden entrichtet entweder nach einer, bezüglich auf Art, Zeit und Ort genau bestimmten Ordnung, gewöhnlich in periodisch wiederkehrenden Terminen (jährlich oder an gewissen Zielen: Lichtmeß, Walburgis, Martini ꝛc. *t*)) und alsdann unaufgefordert, wie bei Abgaben, oder nach eintretendem Bedürfniß des Berechtigten, alsdann aber erst nach vorgängiger Aufforderung, wie bei Diensten.

## §. 110.

### Allgemeine Classification der Reallasten.

Die Reallasten von der Art, mit denen wir es hier zu thun haben (§. 107. a. E.), haben die Natur ding-

*s*) Klüber's öff. Recht §. 266. Note c.

*t*) In Altbayern gibt es s. g. Drittel-Lehner, die ihre Zinsen nur alle drei Jahre entrichten. Bayer. Landrecht (Codex Max. bav. civ.) P. IV. cap. 7. §. 32.

Digitized by Google

licher Forderungsrechte und reihen sich in zwei Hauptclassen ein. Die Forderungsrechte können nämlich

(Erste Classe) ihren Grund darin haben, daß dem Berechtigten ein Proprietätsrecht an der Sache, durch deren Besitz ein Anderer Subject der Verpflichtung wird, zusteht u). Der Ursprung dieses vorhin ad A. angedeuteten Verhältnisses fällt in die Zeiten des ehemalig unfreien Zustandes der Bauern, des Ueberflusses an unangebautem Land, und dagegen des Mangels an baarem Gelde, welcher verhinderte, Ländereien für baares Geld wie h. z. T. kaufsweise an den Mann zu bringen. So wurde dem Bauer ein unvollkommenes Eigenthum, die „unvollkommene Gewere" an dem Gute, mit Vorbehalt der, durch das Forderungsrecht bestimmter Abgaben und Bürden bezeichneten, Proprietät von dem echten Eigenthümer übertragen, der seine Ländereien nicht selbst bauen konnte oder wollte. Hier wird nun ein getheiltes Eigenthum angenommen, und dem Berechtigten das Obereigenthum (dominium directum) dem Verpflichteten dagegen das nutzbare Eigenthum (dom. utile) an der belasteten Sache beigelegt, — eine Terminologie, wozu die bei der römischen Emphyteuse resp. dem dominus emphyteuseos und dem emphyteuta zustehende rei vindicatio directa und utilis Anlaß gab, die aber in neuerer Zeit, als das Wesen der beiderseitigen Rechtsverhältnisse nicht richtig bezeichnend, aufgegeben wird v), indem das wahre Eigenthum nur bei dem s. g. Obereigenthümer ist, der s. g. dominus

u) Eichhorn §. 164.

v) Thibaut's civil. Abhandl. Num. 11. Eichhorn a. a. O. §. 160. Desselben Staats- u. R. G. §. 565. Mackeldey's Lehrbuch §. 296. Note a.

dominus utilis dagegen nur ein, wenn ſchon dem Eigenthume nahe kommendes jus in re aliena, ein analoges Eigenthum hat. Indeſſen, ſo wie die Sachen in unſern Tagen ſtehen, ſcheint man mit dieſen Bezeichnungen eher den Gutsherrn als den Bauer zu begünſtigen. Denn da das ſ. g. Obereigenthum dem Inhaber deſſelben in der That weiter keine eigenthumsrechtliche Befugniſſe an der Sache gewährt, als das Vindicationsrecht in auſſerordentlichen Fällen, wo noch das ſ. g. Abmeierungs- (Caducitäts-, Expulſions-) Recht geltend gemacht werden kann, während dem ſ. g. Untereigenthümer alle Befugniſſe des vollſtändigen Eigenthümers mit dem Vindicationsrecht, in der Regel auch mit dem Rechte der Vererbung zuſteht, und derſelbe nur durch die Reallaſten, in ſeinem Verfügungsrecht aber bloß ſoweit beſchränkt iſt, als dieß die Geltendmachung der vorbehaltenen Rechte des ſ. g. dominus directus nothwendig mit ſich bringt; ſo zeigt ſich wie ſehr man mit jener Annahme den Rechten des Bauers zu nahe tritt, da wenigſtens, wo nicht Verträge und Herkommen an und für ſich beſtimmt auf ein unvollkommenes und widerrufliches Eigenthum hinweiſen *w*). Doch hat ſich im

*w*) — wie bei gewiſſen bäuerlichen Gütern in Altbayern. Das bayer. Recht kennt nämlich folgende Arten oder Modificationen des Baurechts oder Colonats bei Bauergütern (Cod. Max. civ. P. IV. Cap. 7. §. 2.) 1) Leibrecht oder Leibgeding, wenn das Gut bloß auf des Grundholden (Gutsunterthans) Perſon, auf ſeinen Leib, 2) Erbrecht, wenn es auch auf ſeine Erben und Nachkommen, 3) Neuſtift, wenn es zwar auch auf die Erben und Nachkommen, jedoch nur ſo lange der Grundherr lebt, 4) Herrngunſt oder veranleitete (handlohnbare, von Anleit = Laudemium) Freiſtift, wenn es nicht weiter als bis auf erfolgende Abſtiftung ver-



Digitized by Google

Laufe der Zeit auch hier manches zum Vortheile des Bauers verändert; wenigstens ist, wenn, abgesehen von Colonalverhältnissen der letztbemerkten Art, nach einem Eigenthumsrecht des Grundlastenberechtigten gefragt wird, wenig oder nichts, was dahin bezogen werden könnte, zu finden. Mit der fortschreitenden sittlichen und politischen Aufklärung hat sich nämlich auch die Vorstellung immer mehr geltend gemacht, daß es dem wohlverstandenen Staatsinteresse gemäß sey, den nützlichen Stand des Landbebauers aus seiner gedrückten Lage, besonders gegenüber manchen Gutsherren, zu heben. Die Verbesserung seiner Verhältnisse nach den Forderungen des Rechts, der Humanität und des allgemeinen Staatswohls fand Anerkennung und Schutz von Seiten der höchsten Gewalt, zumal da diese nun auch der Bauer als unmittelbar steuerbar gewordener Staatsangehöriger näher anging, wozu auch noch das Beispiel von den wohlthätigen Folgen der desfallsigen Reformen in Frankreich kam und nicht ohne Wirkung blieb. Man suchte das Drückende der ältern Verhältnisse des Bauerstandes auf mancherlei Weise zu erleichtern, begünstigte nicht nur die Ablösung dieser Lasten, auch wo sie sonst für unablösbar galten, sondern schaffte auch manche Rechte des s. g. Obereigenthums ab, als unverträglich mit der heutigen Verfassung der Staaten und der Stellung des Bauers in derselben. So sind namentlich in

---

liehen worden. Bei der letzten Art kann der Gutsherr das Gut gegen Erstattung des dafür gegebenen Preises zurücknehmen oder solches einem Andern zu verkaufen dem Besitzer auftragen. Der Herrngunstnexus ist also eine Mischung von emphyteusis. locatio conductio und precarium. Vergl. v. Kreitmayr's Anmerkungen ad l. cit. § XXXI.

Digitized by Google

Bayern *x*) alle ständige und unständige guts- und zinsherrliche Renten und Lasten mit Inbegriff des Zehentrechts für ablösbar erklärt, und die ungemessenen Dienste in gemessene verwandelt. Es ist das gutsherrliche Einstands- oder Retractsrecht, ingleichen nicht nur die Strafe der Gutsheimfälligkeit (Caducität) wegen Nichtentrichtung der gutsherrlichen Schuldigkeiten aufgehoben, und dem Gutsherrn nur auf Schadensersatz zu klagen vorbehalten, sondern es sind überhaupt alle Zinsbußen abgeschafft, auch selbst die Verwandlung rückständiger Abgaben in ein verzinsliches Kapital für unstatthaft erklärt. Selbst die gutsherrliche Einwilligung zur Veräusserung oder Verpfändung ist nur mehr noch als eine Formalität anzusehen, da sie der Gutsherr nicht verweigern kann, weil seine Forderungen nicht gefährdet sind, wenn er sonst die gesetzlichen Mittel der Beitreibung anwendet oder sich durch nachgesuchte Eintragung in die Hypothekenbücher vorsieht, falls die Rückstände über den prioritätsgesetzlich begünstigten Zeitraum anzuschwellen drohen. Es hat nämlich die bayer. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 indem sie gleich den directen und in-

*x*) Edict VI. zur Bayer. Verfass. Urk. über die gutsherrl. Rechte §. 6. ff.

In den vormals churſächsischen Landen befinden sich die Bauergüter größten Theils — mit Ausnahme bloß der Erbpacht und Laßgüter — im Eigenthum ihrer Besitzer, und die gutsherrlichen Forderungen haften darauf bloß als dingliche Lasten. Daher können die Besitzer sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall darüber frei verfügen. Doch bedürfen Veräusserungen der obrigkeitlichen Bestätigung, welche aber nicht vom Grundherrn, sondern von der Gerichtsherrschaft ertheilt wird. Haubold's Lehrb. des k. sächs. Privatrechts §. 458. (2. Ausg.)

directen Staatsabgaben den Reallasten-Rückständen von dem bei Eröffnung des Concurses laufenden Jahr und von den zwei unmittelbar verhergehenden Jahren den Vorzug der I. Prioritätsclasse also vor den Hypothekforderungen einräumt, für den Berechtigten, wenn er nicht ganz sorglos ist, hinlänglich Vorsehung getroffen.

## §. 111.

### Fortsetzung.

Durch die erstbemerkten Veränderungen in dem bäuerlichen Güterzustande haben die Rechte und Lasten der bisher betrachteten ersten Classe mehr oder weniger die Eigenschaft der

zweiten Classe angenommen, wohin die Reallasten ohne Proprietätsrechte des Berechtigten gehören, deren Beschaffenheit und Ursprung schon vorhin (§. 109 B.) angegeben worden ist. Sie sind sämmtlich von selbstständiger Art, indem sie nicht aus dem Proprietätsrecht, sondern aus rechtlicher Gewohnheit, wie der Zehnten, oder aus ehemaligen staatsrechtlichen Verhältnissen, wie nichtgutsherrliche Frohnen und simple Zinsen, abstammen. Bei den Gütern dieser Kategorie ist keine Rede auch nur von einem Schein des Obereigenthums des Zinsberechtigten; der Bauer ist voller Eigenthümer des Guts mit dem Rechte der ungehinderten Disposition *y*), er entrichtet keinen Canon zur Anerkennung eines Obereigenthums, keine Dienste und in der Regel wenigstens kein Handlohn oder ähnliche gutsun-

*y*) Carpzov P. II. c. 39. d. 1. Franzke var. resol. L. III. res. 7. p. 353. Stryk U. M. L. 6. Tit. 3. §. 4 sqq. v. Kreitmayr in den Anmerkungen zum cod. bav. civ. IV. c. 7. §. 33.

Digitized by Google

terthänige Leistungen, sondern bloß einen bestimmten Zins (census constitutivus) Bodenzins, Gatterzins z) schlechten Zins a). Doch haben die Zinsgüter nicht überall einerlei Natur, indem man dabei hie und da Beschränkungen antrifft, wie sie sonst nur bei Erbzinsgütern Statt finden b). Indessen dieß sind Ausnahmen von der Regel, nach welcher der Bauer Volleigenthümer eines bloßen Zinsguts ist, und der Zinsberechtigte, dem der Zins kraft eines lästigen oder wohlthätigen Geschäfts constituirt worden, nur als Gläubiger erscheint, das ganze gegenseitige Verhältniß also das einer bloßen Obligatio ist, die accessorisch entweder kraft gesetzlicher Begünstigung (durch ein Vorzugsrecht im Concurse), oder durch Eintragung in das Hypothekenbuch die Natur der Dinglichkeit annimmt. Dergleichen Zinslasten, welche entweder in Geld oder auch in Naturalien bestehen, werden wie gedacht bald zur Anerkennung der Vogtei, der Gerichtsbarkeit oder anderer Rechte, bald als Vergeltung für den Genuß gewisser Rechte, bald als wiederkäufliche Zinsen entrichtet. Die letztern entstunden aus dem Rentenkauf, (emtio censuum, mutuum palliatum) indem man das Zinsverbot des canonischen Rechts

---

z) Gatterzins wurde von solchen gefreiten Gütern entrichtet, deren Besitzer nicht litt, daß der Erheber über die Schwelle seines Hauses träte, sondern dieser mußte den Zins über den Gatter (über die ausser der innern Hausthüre und vor dieser gewöhnlich noch vorhandene schließbare äussere gegitterte und durchsichtige Thüre) heischen, und durch den Gatter, ohne die Thüre zu öffnen, wurde er ihm hinausgereicht. Grimm D. Rechtsalt. S. 388.

a) Bayer. L. R. a. a. O. §. 33.

b) Buri von Bauergütern S. 111 ff.

bei Darlehen dadurch zu umgehen suchte, daß man das vorgeliehene Kapital als Kaufgeld der sonst davon zu entrichten gewesenen Zinsen (usurae) behandelte, welches dem Schuldner blieb, der dagegen einen jährlichen Geld- oder Kornzins zu entrichten hatte. Kraft dieser wiederkäuflichen Zinsen oder Gilten, deren Ablösung nach den Reichsgesetzen *c*) zwar nicht dem Käufer oder Berechtigten, wohl aber dem Verkäufer als Verpflichteten und Gutsbesitzer mit einer aus 5 Prozent zu Kapital erhöhten Summe gestattet war, erwarb der Rentenkäufer die Gewere an dem belasteten Gut und trat nach der Sitte der Zeit in ein dem gutsherrlichen analoges Verhältniß, während der Schuldner oder Rentenverkäufer im Besitze des Guts blieb. Nach dieser Ansicht wurden daher dem Rentenkäufer auch die Rechte des Gutsherrn 1) zur eigenmächtigen Pfändung, 2) auf eine Zinsbuße (Rutscherzins) und 3) auf Vertreibung des Rentenpflichtigen vom Gute wegen unterlassener Leistung (Expulsions-, Caducitätsrecht) beigelegt *d*). Man darf hierin nicht sowohl ein Zeichen der Härte gegen den Zinspflichtigen im Geiste einer rohern Zeit *e*) zu finden

*c*) R. P. O. de 1577. Tit. 17. § 9.

*d*) Albrecht, die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (Königsberg 1828.) S. 159.

*e*) Im Gegentheil es hat sich der Abgabenberechtigte in mancher Rücksicht gegen den Verpflichteten sonst viel milder und gefälliger benommen als in der spätern Zeit. Grimm S. 394. Danz Handb. des d. Pr. Rechts V. Bd. S. 240. Niemand denkt jetzt mehr daran, dem Unterthan die Last seiner Leistung durch ein freundliches Gesicht oder gefälliges Wort etwas zu versüßen, zu geschweigen durch ein Frühstück. Und doch scheint so Vielen das Lob der guten alten Zeit als erträumt, und Humanität nur uns anzugehören!

Digitized by Google

glauben; diese Strenge war vielmehr eine nothwendige Folge der ehemalig unvollkommenen öffentlichen Rechtshülfe. Heut zu Tage ist von solchen Befugnissen bei auferlegten Zinsen um so weniger die Rede, da nicht nur die Natur der Verpflichtung überhaupt mehr nach der Analogie des Pfandrechts sich gestaltet hat *f*), und selbst bei dem reservirten Zins oder bei den Gerechtsamen der ersten Classe zwar das Pfändungsrecht des Gutsherrn auf liquide Ansprüche, keineswegs aber die Befugnisse ad 2 und 3 gestattet sind *g*). Im Königreich Sachsen fällt das aussergerichtliche Pfändungsrecht, so wie der Dienstzwang gänzlich weg; der Berechtigte kann nur gerichtliche Hülfe suchen, und dabei kann auf bloße Erbzins- und Dienstregister kein executivisches Verfahren eintreten *h*). — Noch jetzt ist die Constituirung eines s. g. schlechten oder Bodenzinses (Solarium) bei käuflicher Ueberlassung eines öden Grundes oder auch eines angebauten, im unbelasteten (echten) Eigenthume des Staats oder einer Gemeinde oder des Besitzers eines völlig allodialen (also nicht selbst bodenzinsigen) Gutes sehr gewöhnlich.

Wir haben somit zweierlei Arten mit Reallasten beschwerter Güter: A) solche, die auf Grundgerechtigkeit verliehen und zwar im Eigenthume des Besitzers, jedoch mit grundherrlichen Abgaben und Leistungen belastet sind: grundherrlich belastete Güter, auch erbzins-, gilt- und handlohnbare Güter, erbliche Colonatrechtsgüter *) genannt, (die erste Classe); B) bodenzinsige Güter, die

---

*f*) Eichhorn's Einleit. §. 161.

*g*) Edict VI. zur bayer. Verfass. Urk. §. 118 ff.

*h*) Haubold's Lehrbuch §. 474a 476. Note c. n. 2.

*) Eichhorn's Einleit. §. 162.

Digitized by Google

ausser der einfachen Zinsbelastung gänzlich allodial sind, und ausser dem Staat keinen Herrn über sich erkennen, (die zweite Classe). Ob ein Gut in diese oder jene Classe gehöre, muß aus den Statuten, den Urbarien, Erwerbbriefen oder der Observanz, die bei den öftern Veränderungen mit solchen Gütern leicht zu erkennen ist, beurtheilt werden. Im Zweifel wird für letztere vermuthet *i*), und ausgemacht ist die Sache, wenn das Gut kein Handlohn gibt; ferner wenn nicht erwiesen werden kann, daß der Zins ein vorbehaltener sey, oder wenn die Vererbung auch auf Seitenverwandte dargethan ist, oder keine Leihbriefe hergebracht sind *k*).

---

*i*) Sächsische Constit. P. II. const 39. und Carpzov zu selbigen. Bayer. L. R. a. a. O. §. 33. Das preuß. allg. L. R. bestimmt (Thl. I. Tit. 18. §. 684.) bezüglich auf den Zweifel, ob das Gut ein Erbzins- oder ein bloßes Zinsgut sey, folgendes: Ob ein solches getheiltes Eigenthum (wie bei einem Erbzinsgut angenommen wird) vorhanden sey, ist hauptsächlich nach dem Inhalte der Urkunde, auf welche das Recht des Besitzes sich gründet, zu beurtheilen. — Sobald bestimmt ist, daß die Abgabe zum Anerkenntnisse des Obereigenthumes des Empfängers entrichtet werden solle, sobald ist der Besitzer als Erbzinsmann anzusehen. — Wenn erhellet, daß das Grundstück dem ersten Besitzer, als ein noch nicht in Cultur gesetztes Land, unter der Bedingung, dasselbe in Cultur zu setzen, und dafür eine gewisse ein für allemal bestimmte Abgabe zu entrichten, eingeräumt worden, so sind die dunkeln Ausdrücke des ersten Verleihungsbriefes nach den Regeln vom Erbzinsrechte auszudeuten. — Diese Vermuthung für die Erbzinseigenschaft eines Grundstücks wird verstärkt, wenn die erste Verleihung von einer Kirche, Commune oder einer andern moralischen Person geschehen ist.

*k*) Eichhorn's Einleit. §. 257.

Digitized by Google

## §. 112.

### Arten der Reallasten im engsten Sinn.

Es gibt zwei Gattungen von Reallasten, deren jede verschiedene Arten hat, nämlich Abgaben und Dienste.

I. Die Abgaben (annui reditus) bestehen

A) in Grundzinsen nach ihrem allgemeinen Namen, und dazu gehören: 1) baare Leistungen, Geldzinsen, — im Gegensatze von der zweiten Art oder den Gilten — Zinsen in engster Bedeutung, in Altbayern Stift genannt; 2) Naturalien, welche besonders sofern sie in Getreide bestehen, Gilten genannt werden. Auch andere Consumtibilien an Vieh, besonders Geflügel, an Erzeugnissen von der Viehzucht, als: Käse, Eier ꝛc. gehören hieher und werden zum Unterschied von der Hauptnaturalabgabe, den Getreidfrüchten, mit dem Namen Küchengilten, auch kleiner Rechte, kleiner oder Küchendienste bezeichnet *l*). Sie sind jetzt gewöhnlich zu Geld angeschlagen und dem baaren Grundzins beigerechnet.

B) Zu den bedeutendsten und lästigsten Abgaben gehört der Zehnten mit seinen verschiedenen Arten, nicht weniger

C) das Laudemium (Handlohn, Lehenwaare),

---

*l*) Vielleicht ein Surrogat für die ehemalige Pflicht der Unterthanen, den Landesherrn oder Richter, wenn er zu gewissen Zeiten, um Gericht zu halten erschien, zu beköstigen. Mittermaier I. §. 155. Den Gerichtspersonen bei Localterminen, Besichtigungen und sonstigen Handlungen, die an Ort und Stelle, also ausserhalb des Gerichtssitzes vorgenommen werden müssen, „eine ziemliche (geziemende) Mahlzeit auszurichten", kommt noch in Ordnungen neuerer Zeit vor.

Digitized by Google

welches unter mancherlei Benennungen vorkommt *m*), aber noch weit mehrere und auffallendere Varietäten in seinem Wesen und rechtlichen Eigenschaften selbst darbietet, sowohl bezüglich auf die Frage: ob ein Handlohnsfall eintritt? als auf den Betrag der Abgabe nach Prozenten des Werths des handlohnbaren Gegenstandes. Ob das Laudemium auf dem veräusserten Gute selbst hafte, folglich zu den Reallasten zu rechnen, oder bloß als eine persönliche Schuld des Gutsübernehmers anzusehen, mithin auch nur mit einer persönlichen Klage zu verfolgen sey, ist bestritten. Gewöhnlich wird letzteres als gemeinrechtlich geltend angenommen *n*). Indessen ist nicht zu läugnen, daß diese Abgabe das Gut unmittelbar afficirt, indem es dessen Werth um so viel vermindert, als Laudemialprozente von dem Käufer entrichtet werden müssen, welcher um so viel niedriger den Kaufpreis setzt, so daß also nur scheinbar er es ist, den die Abgabe für seine Person trifft. Diese trifft wirklich das Gut, und die Veränderung im Besitze gibt nur die Gelegenheit, die Forderung geltend zu machen. Daher wird auch namentlich in Altbayern dem Handlohnsberechtigten die Hypothekarklage gestattet *o*). Unzweifelhaft ist dieß in dem Fall der s. g. Handlohnsfixirung, wenn nämlich die Last in eine jährliche ständige Abgabe verwandelt wird, und das fixirte Handlohn die Natur eines Grundzinses annimmt, was nicht der Fall seyn könnte, wenn nicht das Handlohn überhaupt die Eigen-

---

*m*) Runde Privatrecht §. 531.

*n*) Carpzov jurispr. for. P. 1. const. 28. def. 53. Runde a. a. O. §. 533. Eichhorn §. 262. et rem. Rittermaier II. §. 444.

*o*) Kreitmayr in den Anmerkungen zum bayer. L. R. P. IV. c. 7. §. 11. u. 15.

schaft eines onus reale hätte. — Zu den Laudemialgefällen als Abgaben in Besitzveränderungsfällen gehört auch das Sterb- oder Todfall-Handlohn, so wie das aus dem ehemaligen Zustande der Leibeigenschaft herrührende Mortuarium (Besthaupt, Churmede, Wahllohn ꝛc.) als ein aliquoter Theil der Mobiliar-Verlassenschaft des verstorbenen Bauers, oder ein bestimmtes Stück des Nachlasses nach der Wahl des Herrn *p*).

Eine bloß persönliche Abgabe ist die Nachsteuer (jus detractus), welche unter den beiderlei Gestalten, als Abzugs- oder Abfahrtgeld (gabella emigrationis) und Abschoß (gabella hereditaria) resp. bei Auswanderungen und von ausser Landes gehenden Erbschaften, selbst an Privatgerichts-Herrschaften vor noch nicht langer Zeit zu entrichten war. Diese Last war um so drückender, da sie gewöhnlich den zehnten Theil des exportirten Vermögens betraf, und für Ausland alles galt, was nicht zum gutsherrlichen Gebiete gehörte, wenn dieses auch nur aus einem einzigen Hof bestund. So konnte sich's bei nicht geschlossenen Bezirken leicht ereignen, daß in Einem Dorfe In- und Ausland war, wenn in demselben mehrerer Herren Unterthanen sich befanden, und daß das Ziehen von einem Hause in das andere einen Nachsteuerfall begründete. Auffallende Belege hiezu wüßte der Verf. aus seiner frühern Amtsführung beizubringen.

II. Dienste (Frohnen, Schaarwerk) umfassen im Allgemeinen alle persönliche Dienstleistungen, sowohl Hand- als Spanndienste. Zu den erstern gehören alle dem Dienstpflichtigen zum Besten des Berechtigten obliegende herkömmliche Arbeiten zu Hause und auf dem Felde, sie mögen nun eigentlich mit der Hand verrichtet

*p*) Buri von Bauergütern S. 134.

werden oder sonst in Arbeit oder Leistungen bestehen, wozu die Person des Fröhners verwendet wird, als: Wachedienste, Botengehen ꝛc. Diese Dienste werden entweder ganz unentgeldlich oder gegen eine mäßige Vergütung (Frohngebühr *q*)) geleistet und zwar 1) an den Staat für öffentliche Zwecke oder 2) an eine Gemeinde kraft des Communalverbandes für gemeindliche Bedürfnisse, wo sie entweder von allen Verpflichteten zusammen und gleichzeitig, z. B. bei der Reinigung eines Flusses, bei Wegearbeiten, oder auch abwechselnd (Reihedienste) geleistet werden, — oder endlich 3) an Privaten, besonders aus dem gutsherrlichen Nexus. Wir haben es hier nur mit den letztern, den s. g. Hofedienſten, Herrndienſten, Gutsfrohnen, zu thun und nur auf diese hat die Eintheilung in gemessene (operae determinatae), und — nach Zeit, Art, Ort und Zahl der Leistungen unbestimmte — ungemessene (o. indeterminatae) practische Anwendung. Unter den letztern versteht man keine in jeder Rücksicht, sondern nur der Zahl nach ungemessene *r*). Sie sind aber auch in dieser Form gewöhnlich abgeschafft, und alle Dienste in gemessene verwandelt, was freilich nur von patrimonial- oder gutsherrlichen Frohndiensten zu verstehen ist; denn bei landesherrlichen und Gemeindefrohnen ist dieß anders. Diese müssen sich nach dem Bedürfniß richten, finden aber auch in Gesetzen und bestimmten Ordnungen, so wie darin, daß die anfordernden Beamten selbst nicht persönlich interessirt sind oder doch dafür angenommen werden, so wie in allgemeinen Rücksichten billiger Schonung des Unterthans und Gemeindeglieds gegen Willkühr und Ueber-

*q*) Auch Pröven, das verstümmelte Wort: Präbende, genannt. Hagemann a. a. O. S. 436. Note 7.

*r*) Eichhorn's Einleit. §. 249.

Digitized by Google

maß ihre Grenzen. Daher werden Staats- und Communalbauten nach genau erwogenen Voranschlägen und Etats mit billiger Rücksicht auf die Fähigkeit der Concurrenten unternommen, und jeder irgend vermeidlichen Ueberbürdung vorgebeugt. Im Kriege und bei andern ausserordentlichen Landes-Calamitäten muß freilich das „Noth leidet kein Gebot", folglich keine schonende Rücksichten, auch ein Uebermaß entschuldigen.

## §. 113.

### Ueber die Classification im Rechtssysteme und die Eigenschaften der Reallasten.

Daß die Reallasten, ein den Römern völlig unbekanntes, rein germanisches Institut, nicht den Servituten einzureihen sind, da es sich dabei nicht wie bei diesen um die Ausübung eines Theils des Eigenthumsrechts eines Andern handelt, kann nach allem, was bisher über deren Natur angegeben worden, nicht zweifelhaft seyn. Auch die Annahme von Dienstbarkeiten in faciendo, wozu man sich, durch Aehnlichkeiten verleitet, auch in der Verlegenheit der anderweiten Unterbringung versucht fühlte, wird wohl immer für eine Abnormität von jedem erkannt werden, der den Begriff und das Wesen einer Servitut (vgl. §. 94. Note v.) richtig aufgefaßt hat. Sie passen auch nicht zu einer andern Art der jura in re. Die Römer haben die emphyteusis als jus in re angesehen, aber nicht das Recht des Eigenthümers auf den Canon, welches ihnen eine bloße Forderung ist. Es bleibt also nichts weiter übrig, als die Reallasten und die denselben correspondirenden Rechte für das anzunehmen, was sie sind: Forderungsrechte (Ansprüche auf ein dare, facere, praestare) mit dinglichem Character, der seine Begründung

in einem eigenthümlich deutschen Rechtsprinzip findet, nämlich in dem der Radicirung auf ein unbewegliches Gut. Sofern sie durch Entziehung eines Theils der Früchte dessen Ertrag, oder durch Entziehung eines Theils der ausserdem (ohne die Frohnlast) dem Gute allein zu widmenden Arbeitskräfte dessen Productionsfähigkeit dem Eigenthümer schmälern, haben sie allerdings Aehnlichkeit mit Servituten, sie sind aber auch nach dem Prinzip der Radicirung auf dem belasteten Gute dem Pfandrechte verwandt, ohne daß im übrigen das Institut die Eigenheiten des Bodens verlöre, auf dem es entstanden ist. Mit dieser Annahme steht auch keine von den ursprünglichen Entstehungsarten der Reallasten im Widerspruche, man mag sie von einem ehemaligen Subjectionsverhältniß, oder aus der Uebertragung des damit beschwerten Gutes zum unvollkommenen Eigenthume herleiten, sofern man in letzterer Beziehung nicht in der Abgabe, sondern in der verhinderten freien Disposition das Wesen dieser Eigenthums-Unvollkommenheit zu suchen hat. Daß man gleichwohl in dem Klagen-Systeme die Reallasten schlechthin mit den Servituten zusammengestellt, und die hier Statt findenden Klagen analog darauf angewandt hat, geschah bloß in der Verlegenheit eine andere passende Klagform zu finden (§. 94.). Da das Petitum des Klaglibells hier eben so gefaßt werden muß, wie bei den Servitutklagen, so machte dieß das Auskunftsmittel um so unbedenklicher. Nur in Ansehung der Zehntgerechtigkeit zeigt sich das Eigene, daß es, wie Unterholzners) richtig bemerkt hat, nicht sowohl auf ein dare facere oportere, sondern auf ein Verfügungsrecht über einen Theil gewonnener Früchte, also auf eine

*) Verjährungslehre II. §. 236. Note 677.

Theilnahme an dem Nießbrauchsrechte des Eigenthümers, ankommt.

Diese Stellung der Reallasten unter die Forderungsrechte, wenigstens nach dem am meisten hervorstechenden Zug in ihrem Character, ist von wichtigem Einfluß auf die Theorie von der Verjährung derselben, indem es somit keinem Bedenken unterworfen ist, die erlöschende Verjährung von Klagen aus Obligationen, also die 30jährige, und bei den Klagen des öffentlichen Schatzes und der Kirchen die 40jährige anzunehmen. Schwieriger ist es dagegen für die erwerbende Verjährung eine Analogie zu finden, und hier muß denn freilich bloß die Praxis aus der Verlegenheit helfen *t*).

Ueber die Eigenschaften der Reallasten ist noch folgendes zu bemerken. Die R. L. im eigentlichen Sinne haben

1) die Natur privatrechtlicher Leistungen, wodurch sie sich von Staats- und Gemeindelasten unterscheiden. Sie sind ferner

2) beständige Lasten, unbeschadet ihrer möglichen Ablösung oder Verwandelung. Denn die Last kann, (wenigstens was andere als wiederkäufliche Renten betrifft, deren Ablösung wie gedacht auch einseitig von dem Belasteten geschehen kann) nach Uebereinkunft der Interessenten nicht nur abgelöst, (abgekauft, durch Zahlung einer verhältnißmäßigen Kapitalsumme die Freiheit davon erworben), sondern es kann auch die bisherige Natural- in eine Geldleistung (Adäration) umgewandelt, oder auch eine andere Art des Naturalbezugs, z. B. statt der Auszehntung auf dem Felde (des Zugzehntens) eine ihrem Quantum nach gleichförmige Abgabe, ein Sackzehnten eingeführt (,der Zehnten fixirt") werden.

*t*) Unterholzner a. a. O. §. 251.

Durch die Eigenschaft der beständigen Fortdauer unterscheiden sich die eigentlichen Reallasten von den gewöhnlich vertragsweise bestellten zeitigen Lasten, z. B. dem Altentheil.

3) Die Verbindlichkeit zur Anerkennung der Last geht auf jeden Besitzer des verpflichteten Guts über, (res transit cum suo onere) *u*). Er muß daher alle während seiner Besitzzeit fällig werdende Leistungen übernehmen. Ob er auch für die Rückstände vor seiner Besitzzeit hafte, ist unter den Rechtsgelehrten streitig *v*). Unzweifelhaft liegt ihm die Haftung, vorbehältlich des Regresses an den Vorbesitzer als persönlichen Schuldner, ob, wenn für den Rückstand Hypothek bestellt ist, also da, wo Hypothekenbücher bestehen, der Rückstand in diese eingetragen ist. Hat der Dritte das Gut sub hasta erstanden, so zahlt er bloß seinen Kaufschilling an das subhastirende Gericht, dem es obliegt, die sämmtlichen Gläubiger, folglich auch den Rentenrückstand daraus, nach den bestehenden Vorzugsrechten zu befriedigen. Dagegen ist es in dem Fall eines Verkaufs aus freier Hand Sache des Käufers, bei Bezahlung der Kaufgelder sich vorzusehen. Da übrigens auch der Zinsberechtigte von jeder Veräusserung Nachricht zu erhalten pflegt, so kann er sein Recht selbst wahren, und die Frage um die Haftung für ältere Rückstände erscheint in so fern überhaupt nicht sehr practisch.

4) Was

---

*u*) L. 20. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

*v*) Für die verneinende Meinung ist Boehmer J. E. P. L. II. Tit. 26. §. 24. Ortloff Grundzüge ꝛc. des deutschen Privatrechts (Jena 1828.) ad §. 233. Die bejahende vertheidigen, vorausgesetzt, daß der Creditor nicht in mora exigendi war, Franzke var. resol. L. I. resol. 3. Mev. P. IV. dec. 403. V. dec. 318.

Digitized by Google

4) Was den Nachlaß am Grundzins wegen erlittener Unglücksfälle, Mißwachses, Hagelschlags ꝛc. anlangt, so wird, wenn darüber in den Zinsverträgen oder Partikulargesetzen sonst nichts bestimmt ist, auf den Betrag des Canons Rücksicht genommen, und wenn derselbe nach seiner Geringfügigkeit nur für ein bloßes Bekenngeld (in recognitionem dominii directi) anzunehmen ist, kein Nachlaß bewilligt, wohl aber wenn er mehr die Natur eines Locarium hat und in compensationem fructuum bestimmt zu seyn erscheint *w*), wie dieß bei Getreidgilten, so wie bei dem Zehnten der Fall ist. Der Gutsherr richtet sich dann wohl nach den Remißprinzipien, die der Staat bei Erlässen an den Staatsabgaben in diesem Falle beobachtet.

## §. 114.

### Verschiedene Arten der Erwerbung von Reallasten.

Das Recht, Reallasten zu fordern, kann erworben werden

1) kraft gesetzlicher Vorschrift, welcher Erwerbsgrund jedoch nur auf diejenigen Lasten anwendbar ist, die wie Gemeindelasten in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehören, und durch Verfassungsgesetze und organische Edicte ihre Bestimmung erhalten, daher auch nicht in den Kreis dieser bloß privatrechtliche Abgaben und Leistungen, Reallasten im engsten Sinn, umfassenden Erörterung gehören.

2) Auch Verträge können ein Erwerbungsgrund werden. Es wird jedoch hiebei vorausgesetzt, daß die Formen *x*) beobachtet werden, welche bei Verträgen

*w*) Runde §. 516. Bayer. L. R. a. a. O. §. 9.

*x*) Ueber die Nothwendigkeit der gerichtlichen Behandlung



Digitized by Google

über Immobilien und denselben gleich geachtet werdende Gerechtigkeiten dem altdeutschen Institut der gerichtlichen Auflassung gemäß nach gemeiner deutscher, durch Particularrechte bestätigter, Gewohnheit eingeführt sind. Deshalb ist die Concurrenz der Gerichte, mittelst Protokollirung, Brieffertigung, Confirmation und Ingrossation in die öffentlichen Bücher, ein nothwendiges Erforderniß der Gültigkeit dieser Verträge. Wenn daher behauptet wird, daß der Grundsatz des römischen Rechts, wornach Verträge nur die Paciscenten und ihre Erben verpflichten, nicht aber einen Dritten y) also auch nicht den successor singularis, ja daß selbst nicht dessen Anerkennung ohne Unterschied jede Art von Leistung auf die Sache legen könne z), so wird gleichwohl von Andern nicht ohne Grund angenommen, daß nach gemeinem Recht eine Beschränkung der Privatwillkühr auf be-

---

einer Verleihung auf Erbzinsrecht, so wie überhaupt jeder Belastung eines Grundstücks vor dem Richter der gelegenen Sache vergl. das preuß. L. R. I. Tit. 18. §. 691. fg., ferner pr. A. G. O. II. Tit. 1. §. 3. — Auch nach dem öster. Gesetzbuch (§. 321 f. 431 bis 445) werden dingliche Rechte auf Immobilien nur durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben, und gehen erst durch die Löschung in denselben verloren. Nach dem bayer. Landrecht a. a. O. §. 5. fordert die Bestellung eines Colonats die Fertigung eines Stiftbriefs, ohne welchen zum Erwerb auch die Verjährung, die unvordenkliche ausgenommen, nicht dient. Vergl. auch sowohl wegen der churhessischen Gesetzgebung als wegen der deutschen Praxis überhaupt Pfeiffer's pract. Ausführungen I. Bd. Seite 151.

y) L. 73. §. 4. D. de R. J. (50, 17.) L. 11. de O. et A. (44, 7.)

z) Kind qu. for. Tom. II. cap. 71. (ed. 2.)

Digitized by Google

stimmte Prästationsarten sich nicht rechtfertigen lasse a). Und eben so setzt es die tägliche Praxis ausser Zweifel, daß da, wo Hypothekenbücher nach dem Prinzip der Publicität und der daraus entstehenden Verpflichtung zur Anerkennung des Inhalts dieser Bücher für jedermann (§. 80.) eingeführt sind, die Eintragung einer vertragsweise bestellten Leistung als Reallast wirksam werden kann.

3) Mit letztwilligen Verordnungen hat es die nämliche Bewandtniß, wie mit Verträgen, wenn nur, wie bei diesen, die gesetzlich vorgeschriebenen Formen der Realisirung des Geschäfts beobachtet sind. Hier wie bei Verträgen ist es eben die Constituirung unter Concurrenz des Realrichters, und wo Hypothekenbücher bestehen, die Eintragung in selbige, welche die in dem Realzustande des Immobile vorgegangene Veränderung zur Kenntniß derer, die jetzt oder künftig ein Interesse dabei haben, bringt (S. 281.). Jeder kann nun wissen und sich darnach achten, daß die so radicirte Leistung auf dem Gute haftet und dessen Ertrag schmälert, er mag in den Fall kommen, dasselbe zu erwerben oder darauf Credit zu geben. Das Gut gilt ihm nun um so viel weniger als der Kapitalbetrag ausmacht, dessen Zinsen gleich sind dem Aufwande für jährlich drei Paar Wachskerzen, die der verstorbene Peter Lang in seinem Testamente für die Kirche zu Neustadt gestiftet und auf seinen Hof Num. 13. als immerwährende Abgabe gelegt hat. Ist diese Stiftung in das Hypothekenbuch eingetragen, so wird niemand zweifeln, daß die Abgabe eine Reallast des Hofs N. 13. ist, die jeder künftige Erwerber desselben, da er auch bei der Stipulirung des Kauf-

a) Albrecht von der Gewere §. 18. S. 187. Phillips's Grundsätze des Priv. Rechts I. S. 298.

preises den Betrag abgezogen, so viel weniger nämlich für das Immobile bezahlt hat, unweigerlich entrichten muß *b*). Hier ist nicht (wie man nach Eichhorn §. 163. Note o. etwa annehmen möchte) von einem pfandrechtlichen Accessorium einer Obligatio der Peter Langischen Erben die Rede, auch nicht von einer Location im Concurse bezüglich auf das Recht selbst. Geräth ein nachfolgender singulärer Erwerber und Besitzer des Hofs N. 13. in Concurs, so wird die Last aus der Fundation selbst nicht in die Concursmasse gezogen, sondern nur der etwaige Rückstand; die 3 Paar Wachskerzen müssen entrichtet werden fort und fort, so lange der belastete Hof existirt.

4) Auch durch die erwerbende Verjährung oder Ersitzung kann eine Reallast begründet werden, wenn schon diese Erwerbsart, besonders was die Dauer der Verjährungszeit betrifft, zu den bestrittenen gehört. Die gemeine Meinung ist, daß die Grundsätze von der Verjährung der Servituten anzunehmen, also die 10 resp. 20jährige oder die 30 und bei Kirchenzehnten die 40jährige, und nur wo diese nicht Anwendung finde, die unvordenkliche *c*). Andere *d*) distinguiren zwischen der 1. und 2. Classe der Reallasten. Bei der letztern wird nämlich nächst der unvordenklichen Verjährung zwar

---

*b*) Hier gilt die Regel: quotiens dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit. L. 20. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

*c*) Rave de praescr. §. 78 — 80.
Thibaut über Besitz und Verjährung II. §. 36. 37.
Unterholzner Verjährungslehre II. § 254., welcher gemeinrechtlich gar nur die unvordenkliche Verjährung zulassen zu wollen scheint.

*d*) Eichhorn § 163. 164.

Digitized by Google

auch die praescriptio definita angenommen, jedoch nur die 30 resp. 40jährige. Bei der ersten Classe wird unterschieden: I. nur die Last, nicht aber das Proprietätsrecht, ist bestritten und zur Begründung von dem Berechtigten die Verjährung angeführt. Hier tritt a) wenn keine Leihbriefe üblich sind, nicht nur die unvordenkliche Verjährung, sondern auch schon jeder, eine Observanz begründende Besitzstand, wegen des hierin liegenden stillschweigenden Vertrags, als wirksam ein. b) Sind Leihbriefe vorhanden, so kann wie bei den Lasten der zweiten Classe eine praescriptio definita eintreten, und sie ist die eigentliche Erwerbungsart, während dort (ad a) das Recht eigentlich ex pacto entsteht. — II. Ist die Last und das Proprietätsrecht zugleich bestritten, so entscheidet die Verjährung für das Proprietätsrecht zugleich über die Last, wenn diese aus jenem folgt, — nicht ausschließlich der zweiten Classe angehört. Hat also Hr. von Z. das dom. directum (die Grundherrschaft) über den Hof des A. nach den Erfordernissen der gewöhnlichen Verjährung, oder der Verjährung der längsten Zeit, ersessen und zugleich gewisse Grundabgaben erhoben, so hat er auch das Recht auf diese in 10, 20, 30 Jahren ersessen. Doch kann aus der Verjährung des Proprietätsrechts noch nicht der Erwerb solcher Reallasten gefolgert werden, die nicht nothwendig mit der Gutsherrschaft verbunden sind, wie z. B. das Zehntrecht. Uebrigens wird bei einem durch unvordenkliche Verjährung erworbenen Recht der Zinserhebung ein unablöslicher Zins so lange vermuthet, bis der Verpflichtete einen Rentenkauf als Ursprung und damit die auch einseitige (S. 294.) Ablösbarkeit dargethan hat.

Digitized by Google

## §. 115.

### Uebertragung und Erlöschung constituirter Reallasten.

Da Forderungsrechte an Andere übertragen werden können, so gilt dieß auch von Rechten auf Leistungen oder von Reallasten, vorausgesetzt daß sie nicht zum Besten eines bestimmten Berechtigten, es sey derselbe eine physische oder juristische Person, eine gewisse Familie oder ein gewisses Gut, bestellt werden, und nur so weit als die Last dem Verpflichteten nicht erschwert wird.

Erlöschen können R. L. durch Verträge, durch Consolidation, wenn der Berechtigte Eigenthümer des verpflichteten Guts wird, und durch Verjährung. Es ist aber, namentlich was die jährlichen Abgaben betrifft, ein alter Streit unter den Rechtsgelehrten, der schon unter den Glossatoren Martinus und Bulgarus, also im 12. Jahrhundert begonnen und noch jetzt nur in Partikularrechten entschieden ist: ob jährliche Leistungen nur einzeln verjährt, die Freiheit davon überhaupt aber nie ein Gegenstand der Verjährung werden könne, also daß noch so lange nicht entrichtete Abgaben, wenn sie ursprünglich begründet sind, zwar einzeln durch Ablauf der Zeit erlöschen können, nie aber das Recht, dergleichen künftig erst anfallende zu fordern selbst, (die Meinung des Martinus) — oder ob die einzelnen Prästationen nur als Theile einer und derselben Obligation anzusehen sind, folglich mit dem Ablauf einer 30jährigen Nichtgeltendmachung derselben das Recht darauf erlosschen ist, und eine weitere Anforderung nicht Statt findet, (die Meinung des Bulgarus). Fordere ich also nach der erstern Meinung einen im Jahr 1801. verfallenen Zins erst im Jahr 1832. klagend ein, so steht mir zwar dießfalls die Verjährung entgegen, nicht aber in

Ansehung der unberichtigt gebliebenen Rückstände von 1802, 1803 und aller folgenden bis 1832, also wenn in der ganzen Reihe von 30 Jahren kein Zins bezahlt worden, kann ich alle einzeln somit noch nicht verjährte Rückstände einklagen, und so denn auch die weiter 1833 u. s. f. verfallenden nach ihrer Verfallzeit bis 1863 u. s. w. Dagegen ist nach der zweiten Meinung mein Anspruch nicht nur auf die Prästation von 1801, sondern auch auf die noch unberichtigten 29 folgenden, so wie auf die künftigen und somit mein ganzes Recht verloren, wenn ich von 1801 an dreißig Jahre hindurch dasselbe gegen den säumigen Verpflichteten klagbar zu verfolgen unterlassen habe. Für die eine wie für die andere Meinung haben sich die angesehensten Rechtsgelehrten erklärt *e)* und die Gründe *f)* sind im wesentlichen kürzlich die: für die erste Meinung: es liege in der Natur jährlicher Leistungen, daß eben soviel selbstständige Prästationen bestünden, als Jahre, in denen sie zu entrichten, und daß bei jeder die Zeit der Anforderung, mithin auch die rechtliche Möglichkeit der Klagstellung erst mit deren Verfallzeit eintrete, wobei sich auf L. 7. §. 6. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.) bezogen wird. Die zur entgegengesetzten Ansicht sich bekennende Partei nimmt dagegen, wie gedacht, nur Eine Obligatio für alle Leistungen, und jede einzelne derselben nur als Theil der Verbindlichkeit überhaupt an, und folgert daraus, daß die erlöschende Verjährung von 30 Jahren über das Recht selbst entscheide. Andere verlangen ausser dem Nichtgebrauch auch noch Anforderung

*e)* Walch in controv. jnr. civ. Sect. II. cap. II. §. XVIII.

*f)* Selbige sind näher angegeben in Böhmer's (der sich zur zweiten Meinung bekennt) jus eccl. prot. L. II. Tit. 26. §. 4—24.

und Verweigerung der Prästation, also zugleich eine usucapio libertatis *g*). Daß die Ansicht von der Verjährung des ganzen Rechts durch bloßen Nichtgebrauch der längsten Zeit, wie sie dem Wesen der Reallasten als Forderungsrechte genügt, auch dem practischen Bedürfniß, der legislativen Politik und dem Zwecke des Instituts der Verjährung überhaupt am meisten zusagt, dafür spricht der Umstand, daß sie in viele ältere und neuere Partikulargesetze übergegangen ist, und so in dem bei weitem größten Theile von Deutschland gesetzliche Kraft hat. Sie besteht nämlich in Sachsen *h*), in den ehemals Erzstift Cöllnischen *i*) und Maynzischen *k*) Landen, in Bayern *l*), im Preußischen *m*), im Oesterreichischen *n*), wo überall der bloße 30jährige Nichtgebrauch zur Verjährung des ganzen Forderungsrechts hinreicht. Es läßt sich auch kaum annehmen, daß eine so lange Nichtgeltendmachung eines sonst begründeten Rechts ohne Anmaßung einer Befreiung von Seiten des Verpflichteten Statt finden und so der Verlust des Rechts nicht auch durch Ersitzung der Freiheit qualificirt erscheinen sollte. Soll nun nicht angenommen werden dürfen, daß der Berechtigte sein Recht aufgegeben, so muß nach der Bestimmung des preuß. Landrechts „entweder aus einer während der Verjährungsfrist ge-

---

*g*) Rave l. c. §. 118 sqq. *h*) Haubold §. 276.

*i*) Boehmer l. c. §. 20.

*k*) Maynzisches L. R. Tit. 29. in v. d. Nahmer's Handb. des Rhein. Part. Rechts II. Bd. S. 757.

*l*) Cod. Max. P. II. cap. 4. §. 8.

*m*) Entscheidung der Gesetz-Commission v. 26. Dec. 1789. in Klein's Annalen VI. S. 311. Allg. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 509. 510.

*n*) Oest. G. B. §. 1480.

äusserten Erklärung des Berechtigten oder aus der Beschaffenheit der Zeiten, aus der Verfassung der Verpflichteten, oder aus andern Umständen klar erhellen, daß die Einforderung solcher Gefälle aus bloßer Nachsicht unterlassen worden." Das Oesterr. G. B. läßt übrigens rückständige Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen in drei Jahren erlöschen, und eben so erlöschen in Bayern nach dem Gesetz vom 28. Dec. 1831. §. 32. *o*) alle verfallene Staatsgefälle und andere an die Staatscassa geschuldete Zahlungen, wenn selbige drei Jahre uneingefordert geblieben, und im Falle zeitiger Uneinbringlichkeit da, wo die Schuldner hypothekarische Sicherheit zu geben vermögen, nicht zum Eintragen in das Hypothekenbuch angemeldet worden sind. Der percipirende Beamte haftet dagegen dem Staate für den hieraus entspringenden Nachtheil, ohne selbst einen Regreß an den befreiten Schuldner nehmen zu können.

Jährliche Abgaben sind auch ohne Anforderung zu leisten. Dagegen liegt es in der Natur solcher Prästationen, die nur nach dem Bedürfniß des Berechtigten geltend gemacht werden, wie Frohndienste, daß der Leistung eine Anforderung vorhergehen muß *p*). Wenn daher die Frohngerechtigkeit durch Verjährung verloren gehen soll, so muß von dem auf diesen Befreiungsgrund sich Berufenden nachgewiesen werden, daß der Berechtigte öfters das Bedürfniß der Anforderung gehabt, und doch die, von der ersten Gelegenheit zur Anforderung an zu berechnende Verjährungszeit hindurch, von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht habe *q*). Da er das

*o*) Ges. Blatt 1831. S. 149.

*p*) Gabcke Dorf- und Bauernrecht §. 392.

*q*) Leyser Spec. 420. m. 1. Nach sächsischem Recht muß der Berechtigte wenigstens dreimal Gelegenheit zur For-

Digitized by Google

Mittel, sein Recht geltend zu machen, 30 Jahre ungenützt gelassen, so steht jetzt seiner Klage die Präscription entgegen. Andere r) läugnen die Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch ohne usucapio libertatis; sie verlangen daher Anforderung der Frohnleistung, deren Verweigerung, eine Beruhigung dabei, und den Ablauf der Verjährungsfrist, welches alsdann auch die ordentliche Verjährung von 10 und 20 Jahren seyn könne s).

## §. 116.

### Die Klagen.

Die Klagen wegen bestrittener Reallasten können theils petitorische, theils possessorische seyn, und zwar werden nach der einmal in der Praxis angenommenen Theorie, wie schon oben (§. 94.) bemerkt worden, als petitorische die bei Servituten gewöhnlichen utiliter gebraucht, also die actio confessoria und negatoria. Von der letztern wird indessen wohl selten Gebrauch zu machen seyn. Es liegt in der Natur des verfolgten Gegenstandes, daß nur der Berechtigte zur Klage veranlaßt seyn kann, so wie es wider das Wesen der Parteirolle des Klägers, der nur als Fordernder erscheint, seyn würde, darüber, daß man dem Beklagten nichts schuldig sey, klagend aufzutreten; mit andern Worten: wegen einer mir widerrechtlich zugemutheten Leistung

---

derung der Dienste gehabt haben; dann ist das Recht in 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erloschen. Eine usucapio libertatis wird nicht gefordert. Haubold sächs. Priv. Recht §. 470.

r) Berger oec. jur. Lib. I. Tit. 2. §. 8. Note 13. Runde Privatrecht §. 502. Kind quaest. T. II. c. 7. p. 45.

s) Rave l. c. §. 117.

brauche ich mich nur leidend zu verhalten und die Klage meines Gegners abzuwarten. Höchstens kann ich mich zu einer provocatio ad agendum bewogen finden. Nur bei der Vertheidigung gegen ein behauptetes Zehntrecht läßt sich annehmen, daß von der Negatorienklage zur Abwehrung ungebührlicher Anmaßungen Gebrauch zu machen ist, und es erhellet auch hieraus, daß die vorhin (§. 113.) angegebene Eigenthümlichkeit dieser gegen die übrigen Reallasten ihre sehr practischen Wirkungen hat. Das Gesuch bei dieser Klage geht dahin:

daß dem Beklagten das sich auf meinem Acker angemaßte Zehntrecht nicht zustehe, daher u. s. w.

possessorisch:

daß ich im Besitze der Zehentfreiheit meines Ackers gegen den Beklagten zu schützen, und diesem alle weitere Störungen bei Strafe zu verbieten ꝛc.

oder bei der Spolienklage:

daß Beklagter die unter dem Vorwand eines Zehntrechts gewaltsamer Weise (oder heimlich, hinter meinem Rücken) weggenommenen Garben sofort mir zu erstatten ꝛc. ꝛc. schuldig.

Die confessorische Klage kann gebraucht werden

I. zur gerichtlichen Verfolgung des bestrittenen Rechts überhaupt, also wenn der Verpflichtete die Last selbst in Abrede stellt. Hier geht denn der Klagantrag a) auf die Zuständigkeit des Rechts überhaupt (§. 16.) und zugleich b) auf die verweigerte einzelne Leistung, also dahin:

daß dem Kläger die Gutsherrlichkeit über den Hof des Beklagten und damit die Befugniß einer jährlichen Grundzinsforderung von ꝛc. ꝛc. zustehe, — demnach Beklagter die verweigerte Abgabe von ꝛc. binnen 14 Tagen zu entrichten ꝛc. schuldig;

Digitized by Google

oder nach Gelegenheit:

daß des Beklagten Gut dem Kläger mit einem zweispännigen Wagen und den benöthigten Handdiensten zur Frohne pflichtig, Beklagter daher wegen der, der vorgängigen Aufforderung ungeachtet verweigerten Stellung eines dergleichen Wagens und zweier Handfröhner zu dem gutsherrlichen Zehntscheunenbau am 6. 7. 8. 10. und 12. Mai d. Js. den Kostenaufwand von . . fl. . . kr., der durch die vermüssigte Miethung dem Kläger verursacht worden, zu erstatten und die Kosten des Prozesses zu tragen schuldig.

Aber auch

II. wenn das Recht selbst nicht widersprochen wird, sondern die Leistung nur aus Saumsal u. d. gl. unterlassen wird, kann sich der Kläger zwar bloß der persönlichen, aber auch in vorstehender Art der dinglichen Klage bedienen. Dieses hat den Vortheil, daß er bei etwa künftigen Weigerungen auf den Grund des erhaltenen obsieglichen Urtheils, welches sein Recht gänzlich ausser Zweifel setzt, sogleich ex judicato klagen und den Executiv-Prozeß einschlagen kann, ohne erst einen weitern urkundlichen Ausweis seines Rechts führen zu müssen, woran es ihm vielleicht fehlen könnte. Es kann sich in diesem Falle der Verpflichtete nicht etwa der exc. plus petitionis bedienen, vorgebend, daß er das Recht nicht bestreite; denn so wenig durch bloße Worte, sondern nur durch Handlungen Rechte verletzt werden, so wenig wird eine factische Rechtsverletzung durch bloße Worte abgewendet. Zahlt mich mein Schuldner nicht, wenn er soll, so mag er noch so sehr mit dem Munde sich als meinen bereitwilligen Schuldner bekennen, ich verklage ihn, und man wird nicht zweifeln, daß ich dazu rechtlich veranlaßt bin.

Digitized by Google

# Fünftes Kapitel.

## Klagen aus der röm. Emphyteuse.

### §. 117.

Wesen des Instituts ꝛc.

So sehr sich unsere deutschen Erbzinsgüter von den römischen Emphyteusen unterscheiden, so bieten doch die Grundsätze der letztern hie und da so manche Analogien für erstere dar, daß es nicht überflüssig geschienen hat, zum Schlusse dieses Kapitels des römischen Instituts und der daraus entstehenden Klagen mit einigen Worten Erwähnung zu thun.

Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe einem Andern unter der Bedingung der Cultur und Verbesserung, und gegen eine jährliche oder sonst in unveränderlichen Terminen zu entrichtende gleichförmige Abgabe (canon) mit dem Rechte der vollständigen Benutzung und selbst der Verfügung über die Substanz, so weit diese nur nicht verschlimmert wird, überläßt, so haben wir eine Emphyteusis nach röm. Recht. Der übertragende Eigenthümer (dominus emphyteuseos) gibt damit nicht alle Rechte des Eigenthums auf, wie er denn in den Quellen immer auch dominus heißt *t*), aber er überträgt dem Andern (emphyteuta) Befugnisse, die fast das volle Eigenthum erschöpfen, so daß jenem nicht einmal die volle Proprietät, d. h. was der Eigenthümer deducto usufructu hat, sondern nur der Anspruch an die aus dem Wesen des Geschäfts oder aus

*t*) Tit. C. de jure emphyt. (4, 66.)

Digitized by Google

dem Ueberlassungsvertrag entspringenden Verpflichtungen des Emphyteuta vorbehalten ist. Dahin gehört auch die Leistung des Laudemiums in Veräusserungsfällen in der Regel von dem neuen Erwerber, welche Abgabe in dem 50. Theil des Werths besteht, ferner das Vorkaufsrecht bei einer Veräusserung, die im Uebrigen dem Emphyteuta unbenommen ist und ihn nur zu einer Anzeige an den dom. emphyteuseos verpflichtet; ingleichen im Fall einer Vertragsverletzung namentlich wegen zweijähriger (bei kirchlichen) und dreijähriger (bei weltlichen Emphyteusen) Nichtentrichtung des Canons das Recht der Einziehung der Emphyteusis mittelst der Privationsklage.

Eine Emphyteusis wird durch Vertrag, den Consensualcontract contractus emphyteuticarius, mit hinzukommender Tradition errichtet, sie kann aber auch durch ein Testament, so wie durch Ersitzung ihr Daseyn erlangen. Wegen Erfüllung des Vertrags also persönlich kann beiderseits mit der actio emphyteuticaria, zur Verfolgung des dinglichen Rechts aber, selbst gegen den Eigenthümer, von dem Emphyteuta mit der utilis in rem actio geklagt werden. Auch die possessorischen Rechtsmittel finden hier Anwendung. Uebrigens ist die römische Emphyteusis in Deutschland zwar nicht ausgeschlossen, statt derselben aber bei Bauergütern die Erbzinseigenschaft und die verschiedenen Formen der Verleihung nach Colonatrecht, wovon bisher die Rede war, ungleich gewöhnlicher. Doch haben die Erleichterungen der Besitzer der Bauergüter und die verminderten Beschränkungen in Beziehung auf dieses ihr Besitzthum (§. 110.) die gewöhnlichen Erbzinsgüter den römischen Emphyteusen näher gebracht, als dieses nach früherer deutscher Verfassung der Fall war. Nur die gegen die römische Quinquagesima höhere Laudemial-

Digitized by Google

quota, das in der Regel bei uns ausgeschlossene Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn und die gleichfalls ordentlicher Weise unzulässige Privationsstrafe bilden noch jetzt wesentliche Abweichungen der beiderlei Institute von einander.

---

# Sechstes Kapitel.

## Klagen aus dem Pfandrecht.

### I. Petitorische.

### §. 118.

**Ueber das Wesen und die Erfordernisse der Pfandrechtsklage überhaupt.**

Soll der Zweck einer Pfandbestellung — die Sicherheit eines Gläubigers für eine Forderung und die deßhalb mit dinglichem Recht eingeräumte Befugniß, die verpfändete Sache nöthigenfalls zu veräussern, — erreichbar seyn, so muß das Pfand wenigstens in dem Zeitpunkte, da es durch Veräusserung wirksam werden soll, im Besitze des Gläubigers oder doch sonst von dessen Verfügung abhängig seyn. Dieß hat nun kein Bedenken bei dem Faustpfande, pignus im engern Sinne, welches sich eben wesentlich durch den dem Gläubiger übertragenen Besitz auszeichnet; anders aber verhält sich die Sache bei einem Pfand ohne Besitz oder bei der Hypothek. Dem Faustpfandgläubiger gibt sein schon erlangter Besitz das Mittel für die Realisirung seiner Sicherheit; er braucht folglich kein Klagmittel zur Erlangung des Besitzes, den er schon hat. Hat er ihn

verloren, oder wird er darin gestört, so kann er sich kraft des ihm zustehenden Interdicten-Besitzes der allgemeinen possessorischen Rechtsmittel (Abschn. II. Kap. 2. 3.) bedienen. Dieß hat die Wirkung, daß er auch nicht einmal zum Zwecke der Geltendmachung seines Pfandrechts durch Veräusserung, da er dazu aus eigener Macht befugt ist, auch der Besitz ihm die Mittel gewährt, einer Klage bedarf, also nicht der Hypothekarklage, so wenig als des interd. salvianum (§. 126.) um damit den Besitz seines Faustpfandes zu erlangen. — Anders ist dieß bei dem Hypothekgläubiger als einem Pfandgläubiger ohne Besitz. Diesem gewährt nämlich selbst das s. g. pactum de ingrediendo pignus nicht die Befugniß der eigenmächtigen Besitznahme der Hypothek, sofern der Schuldner sich derselben widersetzt (§. 61, 12.) *u*). Er muß folglich zu deren Habhaftwerdung behufs der Ausübung seines Pfandrechts durch Veräusserung, so bald es zum Zwecke seiner Befriedigung zu diesem Extreme kommen muß, eine Klage gebrauchen und diese ist, soweit er sich nicht des Salvianischen Interdicts als eines int. adipiscendae poss. bedienen kann oder will, die petitorische Hypothekar-Klage (actio hypothecaria s. quasi serviana *v*), auch in rem actio pigneratitia). Zur Erhaltung der Integrität des Gegenstandes seines Rechts kann er nach den Umständen von dem inter-

*u*) L. 3. C. de pignor. (8, 14.)

*v*) Die analoge Anwendung der actio serviana, die dem Verpächter eines Landguts gegen den Pächter rücksichtlich der Pachtzinsforderungen auf die dafür vertragsmäßig verpfändeten invecta et illata gegeben war, auf andere Verpfändungen. §. 7. J. de act. (4, 6.)

interdictum quod vi aut clam oder von der operis novi nunciatio Gebrauch machen *w*).

Da die Hypothekarklage gegen den Faustpfand- wie gegen den Hypothekschuldner Statt findet *x*), so ist in sofern, also was die Klage betrifft *y*), der Ausspruch Marcians *z*) richtig: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. — Uebrigens wird mit der dinglichen Pfandrechts- oder hypothekarischen Klage die persönliche actio pigneratitia oder Pfandcontractsklage nicht verwechselt werden, die auf Erfüllung vertragsmäßiger Obligationen unter den Contrahenten gerichtet ist und als directa und contraria (§. 20.) gebraucht werden kann, jene von dem Schuldner auf Herausgabe des Pfandes und der durch den Besitz etwa entstandenen Haftungen gegen den Gläubiger nach dessen Befriedigung *a*), die contraria von dem Gläubiger auf Schadloshaltung für gemachte Aufwendungen auf das Pfand u. d. gl.

Ehe wir die Pfandrechtsklage besonders in formeller Hinsicht selbst näher betrachten, mögen kürzlich einige Bemerkungen über Entstehung, Gegenstand, Umfang und intensiven Inhalt des Pfandrechts vorausgeschickt werden.

---

*w*) L. 11. §. 14. D. quod vi aut clam (43, 24.) L. 9. de O. N. N. (39, 1.)

*x*) §. 7. J. de act. (4, 6.)

*y*) Quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest, — sed in aliis differentia est. §. 7. J. cit.

*z*) L. 5. §. 1. de pignor. (20, 1.)

*a*) Unbeschadet seines Retentionsrechts auch für andere Forderungen, wovon hernach §. 122. num. 16.

## §. 119.

Entstehung und Gegenstand eines Pfandrechts.

1) Ein Pfandrecht kann A) durch Bestellung entstehen, und zwar a) durch Vertrag (pignus conventionale) — das Faustpfand durch den contractus pigneratitius, die Hypothek durch das pactum hypothecae — b) durch Testament, c) durch richterliche Verfügung, es sey zur Erhaltung und Sicherung eines Rechts mittelst Immission in die Güter eines Andern (p. praetorium) oder mittelst einer zur Vollstreckung eines Judicatums erfolgten Auspfändung (p. ex causa judicati captum s. judiciale im besondern Sinn); B) durch das Gesetz unmittelbar, indem dasselbe mit gewissen Forderungen von selbst ein Pfandrecht verbindet (pignus tacitum s. legale), und zwar entweder an allen Gütern des Schuldners oder nur an gewissen Gegenständen *b*). Die zwei erstern Arten von Pfandrechten, das conventionelle und testamentarische, werden auch mit dem Ausdrucke gewillkührte, oder auf Privatwillen beruhende, (voluntaria) bezeichnet, im Gegensatze von den richterlichen und gesetzlichen, die nothwendige (necessaria) genannt werden.

2) Zur äussern Form einer Pfandbestellung bedarf es nach röm. Recht *c*) nicht der Schrift. Nach deutscher Sitte, die auch in dem practischen Recht vorherrschend geworden, und schon durch die Redensart bei Immobilien-Verpfändungen: „sein Gut verschreiben", sich zu erkennen gibt, kann aber wenigstens bei Hypothekbe-

*b*) Vergl. das Verzeichniß dieser Legalpfandrechte in G. F. Puchta System des gem. Civilrechts 4. B. 5. Kap. ad §. 70. 71.

*c*) L. 12. C. de pignor. (8, 14.)

stellungen die Fertigung eines Instruments nicht umgangen werden *d*).

3) Das Pfandrecht, welches entweder das ganze Vermögen des Schuldners umfassen kann (pignus generale), und dann, wenn nichts anderes ausgemacht ist, auch die künftigen Vermögensanfälle begreift *e*), oder aber auf eine oder mehrere einzelne Sachen, selbst wenn sie eine universitas rerum bilden *f*), bestellt seyn kann (p. speciale), setzt, um als jus in re zu gelten, eigentlich eine körperliche Sache als Gegenstand voraus; doch können auch Rechte, folglich auch Servituten, überhaupt alles, was Gegenstand eines Kaufs seyn *g*) und dem Zweck, als Sicherheit für eine Forderung nöthigenfalls durch Veräusserung zu dienen, entsprechen kann,

---

*d*) Vergl. mein Handb. des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Theil II. § 178 ff. (2te Ausg.). Denn es ist altgermanischen Rechtens, daß die Gültigkeit aller Veräusserungs- und Verpfändungsverträge durch die Zustimmung der Volksgemeinde und somit durch die Verlautbarung im echten Ding bedingt war. An die Stelle der Volksgerichte traten in späterer Zeit die ordentlichen Gerichte und an die Stelle der persönlichen Kundschaftsgeber die Schrift und der Gebrauch der Einschreibung (Ingrossation) in die öffentlichen Bücher (Schulden- und Consens-Bücher), auch in der Zeit noch, wo man von den Hypothekenbüchern in der heutigen besondern Form noch nichts wußte, s. die angef. Schrift Theil I. §. 16 ff.

*e*) L. 1. pr. L. 15. §. 1. D. de pignor. (20, 1.)

*f*) Wiefern die davon veräusserten einzelnen Stücke von dem Pfandnexus entledigt und neu hinzukommende demselben unterworfen werden, s. Mackeldey's Lehrb. §. 306.

*g*) L. 9. §. 1. D. de pign.

als Pfand bestellt werden, nur nicht Prädialservituten für sich allein und ohne das herrschende Grundstück, wenn sie schon zur Sicherheit einer Forderung eingeräumt werden können *h*). — Da ein Pfandrecht als dingliches Recht eine körperliche Sache als Gegenstand voraussetzt, so ist die Verpfändung einer Schuldforderung (pignus nominis) eigentlich wirkungslos. Denn selbst das über die Forderung etwa ausgestellte und dem Gläubiger faustpfandweise übergebene Instrument kann nicht als Gegenstand des Pfandrechts gelten, da es nur den Beweis des Forderungsrechts enthält und nicht Das selbst ist, was dem Gläubiger eigentlich zu seiner Sicherheit dient und dienen kann. Indessen ist doch diese Art der Pfandgebung rechtlich zulässig; sie gewährt nämlich dem Pfandgläubiger die Befugniß, die Forderung nöthigenfalls veräussern oder utiliter mit der dem Pfandgeber zustehenden Klage in eigenem Namen einklagen und sich aus dem Erlöse bezahlt machen zu können *i*), und dieses rechtfertigt sich durch folgende Betrachtung *k*). Sobald nämlich die Ausübung eines Forderungsrechts durch einen Andern als practisches Bedürfniß sich geltend gemacht hatte und die Möglichkeit derselben anerkannt wurde, deswegen auch das Recht als übertragbar galt, so schien auch die Möglichkeit der Verpfändung gegeben. Denn dem Gläubiger war nun die Befugniß eingeräumt, das Forderungsrecht auf die bemerkte Art auszuüben und so den Zweck seiner Sicherheit zu erreichen. Auch war, indem das Schuldokument, sofern ein solches existirte, dem Pfandgläubi-

*h*) L. 11. §. 3. L. 12. D. eod.

*i*) Pfeiffer's pract. Ausführungen Bd. I. num. I.

*k*) Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte (2. Aufl.) S. 183.

ger übergeben und zugleich das Geschäft dem Schuldner der nun einem Andern zur Ausübung übertragenen Obligation denunciirt *l*) worden, den Bedingungen genügt, unter welchen auch ein Pfand an einer körperlichen Sache einem Gläubiger zur Sicherheit dient, in so weit wenigstens, daß der Schuldner, gegen welchen das jus exigendi dem Pfandgläubiger übertragen war, nur auf seine Gefahr sich dem neuen Schuldnerus entziehen konnte. Wo man förmliche Hypothekenbücher hat, findet die Verpfändung eines eingetragenen nomen überall kein Bedenken, weil die Forderung ohne Einwilligung des neuen Gläubigers nicht gelöscht werden kann, der entweder selbst als Pfandinhaber inscribirt oder durch den Besitz des Instruments, ohne dessen Production keine Extabulation geschehen darf, vollständig gesichert ist. — Was von verpfändeten Schuldforderungen hier gesagt worden, findet keine Anwendung auf Creditpapiere, die auf jeden Inhaber (au porteur) lauten; denn diese sind wie körperliche Sachen verpfändbar.

4) Gegenstand des Pfandrechts ist nicht bloß die Hauptsache, sondern auch alles Zugehör derselben. Was

*l*) Das Wort denunciatio darf nicht schlechthin in Benachrichtigung übersetzt und mit certioratio für gleichbedeutend angenommen werden. Mit der denunciatio wird ein bestimmter technischer Begriff verbunden, nämlich der einer förmlichen Handlung, deren Wesen und Zweck im Allgemeinen in einer Aufforderung oder Ankündigung in bestimmter Form besteht, wodurch dem Denunciaten die Verbindlichkeit auferlegt wird, eine gewisse Handlung entweder vorzunehmen, oder zu unterlassen, oder sie ohne Widerspruch geschehen zu lassen. Mühlenbruch a. a. O. S. 65. Es ist dieß darum hier zu bemerken, weil von der Verpflichtung zu einer Denunciation und aus einer solchen öfter die Rede ist.

die Früchte der verpfändeten Hauptsache betrifft, so hat daran der Pfandgläubiger keinen Anspruch, wenn sie nicht a) nach der Streiteinlassung erst percipirt worden, oder b) zwar vorher, jedoch bei dem Schuldner oder seinen Erben noch vorhanden sind, vorausgesetzt in beiden Fällen, daß der Gläubiger nicht aus der Hauptsache befriedigt werden kann; endlich, und ohne Rücksicht auf diese subsidiäre Haftung, c) wenn die Früchte ausdrücklich mit verpfändet worden. In diesem letztern Falle können sie auch von einem dritten Percipienten gefordert werden, wenn nur der Grund ihrer Entstehung schon bei dem Schuldner eingetreten ist, und selbige nicht bereits b. f. consumirt sind *m*). Auf die Früchte als Gegenstand der Benutzung, kann der Gläubiger nur kraft des antichretischen Vertrags Anspruch machen *n*).

5) Es leuchtet schon nach dem Zwecke des Instituts von selbst ein, ist aber auch juristisch betrachtet eine weitere Folge des Satzes, daß das Pfandrecht ein jus in re (aliena) ist, daß der verpfändete Gegenstand im Eigenthum oder doch im Vermögen des Verpfänders seyn muß. Die Verpfändung einer fremden Sache *o*), die nicht auf den Fall des Erwerbs derselben gestellt ist, ist unbeschadet übrigens der Verbindlichkeit der Obligation selbst, die durch ein dergleichen Pfand hat versichert werden wollen, in Beziehung auf den Eigenthümer wirkungslos, wofern derselbe nicht einwilligt, oder eines

---

*m*) Mühlenbr. doctr. pand. §. 319. nota 3.

*n*) L. 11. §. 1. de pign.

*o*) Vergl. Meyer über die Verpfändung einer fremden Sache — im civ. Archiv IX. S. 240. und dazu Erlang. Jahrbücher V. Bd. S. 295.

betrügerischen Stillschweigens sich schuldig macht *p*) oder Erbe des Pfandbestellers geworden und in so weit wenigstens aus dem, wenn anders rechtsbeständigen, Pfandvertrage haftet *q*). Zwischen dem Pfandbesteller und dem Gläubiger ist dagegen das Geschäft nur unter gewissen Voraussetzungen ungültig, ausserdem aber wirksam. Haben nämlich, daß die verpfändete Sache eine fremde sey, a) beide Contrahenten, der Gläubiger und der Schuldner, gewußt, oder b) beide nicht, oder c) nur der Schuldner hat davon Wissenschaft gehabt, oder d) nur der Gläubiger, so sind die Wirkungen verschieden. Im Fall ad a ist nämlich das Verpfändungsgeschäft auch unter den Contrahenten ohne Wirkung, wogegen im Fall ad b der Schuldner für die Pfandentwährung haftet, da seine Nichtkenntniß ihm nicht zur Entschuldigung gereicht *r*); um so mehr ad c, da seiner Einrede, daß er nicht Eigenthümer sey, die replica doli entgegensteht. Wird er in der Zwischenzeit Eigenthümer des Pfandes, so hat der Gläubiger die utilis actio hyp. *s*) anders im Fall ad d, wo der Gläubiger, selbst dann nicht, wenn der Schuldner Eigenthümer des Pfandes wird, eine Klage, sondern nur ein Retentionsrecht hat *t*). Wenn übrigens gleich die Verpfändung einer fremden Sache durch den Erwerb von Seiten des Schuldners convaleseirt, und der Rang unter mehrern dergleichen Conventional-Pfandrechten nach der Zeit der Entstehung sich richtet *u*), so versteht sich dieß doch nur

*p*) L. 2. C. si aliena res pign. (8, 16.)

*q*) L. 22. D. de pign.

*r*) L. 16. §. 1. de pigner. act. (13, 7.)

*s*) L. 41. pr. eod. L. 5. C. si al. res pign. (8, 16.)

*t*) L. 1. pr. D. de pignor.

*u*) L. 14. D. qui pot. in pign. (20, 4.)

Digitized by Google

von den vom jetzigen Eigenthümer darauf bestellten. Denn die von dem frühern wahren Eigenthümer sich herschreibenden gehen jenen immer vor, wenn sie auch von einem jüngern Datum sind, als die vom jetzigen Eigenthümer in seiner vorigen Eigenschaft bestellten v). Daß ein bei einer dergleichen ordnungswidrigen Verpfändung untergelaufener Betrug jedesmal der gesetzlichen Ahndung unterliegt, versteht sich von selbst. Im übrigen ist die Materie von der Verpfändung fremder Sachen, besonders von Hypothekbestellungen auf solche, die uns hier zunächst interessiren, nichts weniger als unpractisch. Es kann dazu, und somit zu Erörterungen über die rechtlichen Folgen vornämlich bei Anlegung neuer Hypothekenbücher Anlaß gegeben werden, wenn zumal dieses Werk mit großer Eile betrieben und den Beamten nicht Zeit gelassen wird, das Geschäft mit der nöthigen Umsicht und Behutsamkeit vorzunehmen w). Auch droht ohnehin in Gegenden, wo das Grundeigenthum sehr getheilt ist und, wie häufig der Fall ist, die einzelnen Stücke nicht durch unveränderliche Merkmale bezeichnet sind, den Interessenten sowohl als den Gerichten, die das Hypothekenamt auf sich haben, bei aller Vorsicht fortwährend Gefahr.

6) Eine weitere Folge des Satzes, daß das Pfandrecht ein jus in re aliena und die verpfändete Sache im Vermögen des Schuldners seyn muß, so wie es überhaupt wiederum aus dem Zwecke der Versicherung von selbst hervorgeht, ist: daß eine eigene Sache des Gläubigers nicht Gegenstand der Verpfändung für ihn selbst werden kann. Wird der Gläubiger Eigenthümer der

---

v) v. Glück XVI. S. 31.

w) Meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter. (Erl. 1829.) Th. 2. §. 347.

ihm verpfändeten Sache, so kann er zwar das durch Confusion somit erlöschende Pfandrecht einem Andern übertragen; allein dann ist nicht jenem, sondern diesem die Sache zum Pfand bestellt. Gesetzt — ein Fall, der in der Praxis nicht selten vorkommt — A. hat von B. ein Darlehen von 2000 fl. und dann wieder von C. eines von 1500 fl. aufgenommen, und dafür sein Haus, jenem zur ersten und diesem zur zweiten Stelle verhypothecirt, beide Forderungen auch in dieser Ordnung in das H. B. eintragen lassen. Er verkauft nun das Haus an B., und dieser kann natürlich seine 2000 fl. löschen lassen, weil sie ihm mit einem Theile des schuldig gewordenen Kaufpreises compensationsweise bezahlt sind. Aber B. hat die Absicht, eine gleich hohe (oder auch etwas geringere) Summe auf das neu adquirirte Immobile aufzunehmen, und um dieß desto leichter thun zu können, läßt er die Post nicht löschen, weil sonst C. in die erste Stelle rücken würde. Er kann sich auch die Stelle überhaupt zur Disposition vorbehalten, wo dann in das H. B. eingetragen wird: „die Forderung von 2000 fl. ist „durch den Kauf des Hauses von Seiten des B. ge„tilgt; — derselbe hat sich aber auf den Betrag der „Forderung (oder auf so und so viel) die Stelle zur „Disposition offen behalten." — Greift nun C. die Hypothek an, so kommt es darauf an, ob B. über die erste Stelle schon zum Besten eines Andern verfügt hat, oder nicht. Im letztern Fall hat es kein Bedenken, daß C. aus dem Erlöse des Hypothekobjects vorweg befriedigt wird, weil ihm niemand vorgeht als der B., der als Eigenthümer der verpfändeten Sache und zugleich Schuldner die Hypothek abtreten muß. Im erstern Fall dagegen bleibt dem C. nichts übrig, als wegen des etwaigen Ausfalls den Regreß an seinen persönlichen Schuldner A. zu nehmen, indem der Kauf zwischen die-

Digitized by Google

sem und B. bezüglich auf den C. eine res inter alios acta ist. Daher ist es gewöhnlich, und dieß wird auch A., wenn er vorsichtig war, beobachtet haben, daß in einem solchen Fall der Verkäufer mit dem Käufer ausmacht, derselbe solle entweder die Hypothecarien loco pretii befriedigen, oder deren Erklärung bewirken, daß sie ihn zugleich als persönlichen Schuldner annehmen und den Verkäufer des Schuldverbands entlassen. Auf die eine oder die andere Weise wird in dem gegebenen Beispiele dem C. die ältere Hypothek nicht schaden, da ihm nun der Weg, wo er sich gehörig vorsehen kann, geöffnet ist.

## §. 120.

### Fortsetzung.

7) Das Pfandrecht ist accessorischer Natur, es setzt daher das Daseyn einer Forderung voraus, und ist nur wirksam, soweit und sobald diese es ist. Doch dient dasselbe auch zur Bekräftigung einer naturalis obligatio, wenn diese nur nicht aus einem gesetzlich verbotenen Geschäft entstanden ist *x*). Ist das Pfand für eine künftige Forderung bestellt, so tritt es erst mit deren Entstehung in Wirksamkeit *y*).

8) Wenn das Pfandrecht nicht ausdrücklich nur auf einen Theil der Forderung beschränkt ist, also z. B.

---

*x*) L. 5. pr. L. 14. §. 1. D. de pignor. — Mühlenbruch von der Cession Seite 434. Ejusd. doctr. pand. II. §. 304. — Ueber die verschiedenen Ansichten dießfalls vergl. ibid. nota 2. und Mackeldey in s. Lehrb. §. 304. n. c. der 9. Aufl.

*y*) L. 1. L. 9. L. 11 et 12. §. 2. qui pot. in pignore (20, 4.)

Digitized by Google

nur auf das schuldige Kapital allein, so erstreckt es sich auf die Hauptverbindlichkeit sowohl als auf deren Accessionen (§. 16. Note x), so weit nämlich diese Nebenansprüche gesetzlich begründet sind. Es geht daher nicht bloß auf die (wohl zu merken: zur Zeit der Pfandgebung, nicht erst später ohne neue Pfandbestellung dafür) stipulirten, sondern auch auf die Verzugszinsen und Conventionalstrafen, überhaupt auf das ganze Interesse z). Wo Hypothekenbücher nach dem Prinzip der Oeffentlichkeit und Specialität bestehen, welche Specialität sich nicht bloß auf den verpfändeten Gegenstand, mit Ausschluß aller Generalhypotheken, sondern auch auf die zu sichernde Obligation bezieht, also daß jeder, dem daran liegt, durch Einsichtnahme von dem H. B. genau erfahren kann, was als Hypothek dient, und für welchen, dem Betrage nach bestimmt erhellenden Anspruch (vergl. §. 123.) — da müssen die Accessionen einer Forderung genau angegeben werden. Sie müssen dieß nicht bloß ihrer Art nach, sondern auch nach einer approximativ ermäßigten Summe, über welche hinaus das Hypothekrecht zum Nachtheil eines später eingetragenen Gläubigers nicht geltend gemacht werden kann. Der eingetragene Betrag erscheint in der Form einer Caution, z. B. „1000 fl. Darlehen des N. zu 5 Prozent „ex instrum. d.d. 24. Decbr. 1832. — 150 fl. als eine „Zinsen-a) und Kostencaution für dieses Darlehen ex „instr. de eod."

---

z) L. 8. §. 5. L. 11. §. 3. in f. de pign. act. L. 18. qui pot. in pig. L. 4. L. 22. C. de usuris (4, 32.)

a) Nämlich für den Fall, daß Zinsen über den gesetzlich privilegirten, und von selbst das Vorzugsrecht des Kapitals theilenden, Zeitraum (gewöhnlich von 2 Jahren)

Digitized by Google

9) Eine theilweise Tilgung der Schuld gibt dem Schuldner keinen rechtlichen Anspruch auf Zurückgabe eines Theils des bestellten Pfandes; nam pignoris causa est individua *b*). Sind dem Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande bestellt, so hat er die Wahl bei dem Angriffe, ohne daß er an die in den Executionsordnungen gewöhnlich vorgeschriebene schonende Auswahl nach der mehrern oder mindern Entbehrlichkeit für den Schuldner gebunden wäre *c*).

## §. 121.

### Intensiver Inhalt des Pfandrechts.

10) Das wichtigste Recht, welches mit dem Besitz eines Pfandes verbunden ist, es sey dieser gleich anfangs, wie bei dem Faustpfande, dem Gläubiger übertragen, oder erst nachher ihm zu Theil geworden, wie kraft der Hypothekarklage bei der Hypothek, besteht in der Befugniß des Gläubigers, nach eingetretener Zahlungszögerung des Schuldners das Pfand zum Verkauf zu bringen (distractio pignoris) und in dem Erlöse seine Befriedigung zu suchen. Dazu ist der Gläubiger nach römischem Recht unter gewissen Formen auch ausergerichtlich befugt; heut zu Tage wird ihm der ausergerichtliche Verkauf ohne Zustimmung des Schuldners, auch nicht einmal bei Mobilien gestattet. Er muß darum den Richter, wenn auch bei einem Faustpfande nur mit einer Imploration, angehen und nach beschrittener

---

anschwellen sollten, da diese ausserdem zum Nachtheil der übrigen Gläubiger kein Hypothekrecht hätten.

*b*) L. 19. D. de pignor. L. 6. C. de distr. pign. (8, 28.) L. 2. C. debitorem vendit. pign. (8, 29.)

*c*) L. 8. D. de distract. pign. (20, 5.)

Rechtskraft der verurtheilenden Entscheidung auf seine Hypothekarklage wird das Nöthige desfalls im Executionswege verfügt. Das Weitere über den Verkauf des Pfandes, im Wege der Auction bei beweglichen Sachen und der Subhastation bei Immobilien, und die besonders in letzterer Beziehung für den Schuldner eintretenden Begünstigungen bestimmen die partikulären Executionsordnungen *d*). Zu den gewöhnlichsten Begünstigungen des Schuldners, vermöge deren er den nachtheiligen Folgen des Verkaufs zuvorkommen kann, gehört, daß er noch bis zum wirklichen Verkauf, also im Subhastations-Prozesse bis zum Zuschlage, durch Befriedigung des Gläubigers und Bezahlung der verursachten Kosten das Pfand einlösen kann, was auch schon römisch-rechtlich ist *e*).

11) Aber so wie das Recht des Gläubigers rücksichtlich der Hypothekarklage eine Beschränkung leidet, wenn sie gegen einen andern Pfandgläubiger gerichtet ist, welcher nach dem Alter oder auch nach der sonstigen Qualität des Pfandrechts (als eines qualificati s. privilegiati gegenüber einem simplex, oder so fern beide gleich privilegirte sind, wiederum dem Alter des Rechts nach) besser berechtigt ist, als der Kläger, so ist dieß denn natürlich auch das Recht der Veräusserung des Pfandes. Denn der vorzüglichere Pfandgläubiger ist nicht schuldig, dem ihm nachstehenden Gläubiger das Pfand abzutreten, und dasselbe zum Verkauf bringen zu lassen, es wäre denn, daß letzterer ihn vollständig befriedigte. Durch das Anbieten dieser Befriedigung und

*d*) Vergl. meine Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis II. Bd. (oder über den Concursprozeß) 2. Buch 1. Abschn. Kap. 1 — 3.

*e*) L. 8. C. de distr. pign. (8, 28.)

deren nöthigenfalls mittelst gerichtlicher Deposition erfolgte Realisirung tritt der nachstehende Pfandgläubiger in die Rechte des ihm vorgehenden, (jus offerendi, im Deutschen Anbietungs-, auch Abfindungs- und Eintrittsrecht genannt) *f*).

12) Die Gründe, die das jus offerendi nach R. R. hauptsächlich motivirten, fallen da weg, wo förmliche Hypothekenbücher bestehen und der Organismus des Instituts auch dem nachfolgenden Gläubiger die Hypothek anzugreifen gestattet *g*), was auch kein Bedenken hat,

---

*f*) L. 22. C. de pign. (8, 14.) L. 1. L. 5. L. 8. C. qui pot. in pign. (8, 18.) L. 3. C. si antiquior creditor pignus (8. 20.) L. 5. pr. D. de distr. pign. (20, 5.). Dieses jus offerendi ist eine von den Arten der s. g. hypothekarischen Succession, welche ausserdem in folgenden Fällen eintritt: 1) durch Cession von Seiten des Gläubigers selbst, 2) durch ein Geschäft mit dem Schuldner, namentlich indem man diesem das zur Wegrichtung des Pfandgläubigers benöthigte Geld gibt, und sich dafür Letzterns Pfandrecht einräumen läßt. Es versteht sich von selbst, daß Der, welcher das Geld zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers vorstreckt, wenn dieser zumal bei dem Geschäft nicht concurrirt, darauf Bedacht nehmen muß, α) daß das Geld dem Zwecke gemäß verwendet werde, β) daß das Faustpfand ihm ausgehändigt, die Hypothek auf ihn geschrieben werde.

*g*) Nur zum Zwecke der Erhaltung des Schuldners, aber auch zum Besten eines andern Hypothekgläubigers, dem daran gelegen seyn kann, das Hypothekobject jetzt nicht veräussern zu lassen, gestatten das Oesterreichische Gesetzbuch §. 462., das bayerische Hypothekengesetz de 1822. §. 63. sowie das Würtembergsche Pfandgesetz de 1825. Art. 105. das Eintritts- und Auslösungsrecht, jedem Hypothekgläubiger gegen einen andern, der gerichtlich auf seine Befriedigung dringt, das preuß. L.

Digitized by Google

weil der Verkauf nicht mehr privata auctoritate erfolgt, und aus dem Erlöse unter gerichtlicher Leitung die Hypotheken nach ihrem Vorzugsrecht d. h. nach der Ordnung der Eintragung getilgt werden. Da ferner die Hypothekenbücher auf das Prinzip der Specialität gebaut und Generalhypotheken kein Gegenstand der Eintragung sind, so fällt auch der Vortheil weg, den das jus offerendi gegen die Folgen des s. g. beneficium excussionis reale gewährte. Vermöge dieses letztern kann ich nämlich von meinem Mitpfandgläubiger, der vor mir eine Special- und zugleich eine Generalhypothek erlangt hat, zwar fordern, daß er zuerst seine Specialhypothek angreife, und nicht durch den Angriff der Generalhypothek zugleich meine darunter befindliche Specialhypothek zum Gegenstande seiner Befriedigung mache, dadurch aber meine Sicherheit gefährde. Gesetzt aber derselbe hätte sich das jus variandi vorbehalten, so könnte ich von jener Rechtswohlthat keinen Gebrauch machen, sondern müßte meine Zuflucht zu dem jus offerendi nehmen *h*).

## §. 122.

### Fortsetzung.

13) Das Recht des ältern Pfandberechtigten kann ausser den bemerkten hypothekarischen Successionsfällen noch auch dadurch eine Veränderung zum Nachtheil seiner Priorität erleiden, wenn eine neue Pfandschuld zu

---

R. Thl. I. Tit. 20. §. 36 ff. ausserdem auch dann schon, wenn der Zahlungstermin für den auszulösenden Gläubiger eingetreten ist.

*h*) Vergl. hierüber, so wie rücksichtlich der sonstigen Wirkungen des jus offerendi Glück's Comm. XIX. S. 366 fg.

dem Zweck contrahirt worden, die verpfändete Sache vom Untergange zu retten i). Droht also das verhypothecirte Haus den Einsturz, ist das Wehr an der mit Hypotheken beschwerten Mühle durch einen Eisstoß zerstört worden, also daß sie stille steht, so ist zwar vor allen der Eigenthümer zur Herstellung des Schadens verpflichtet und dazu anzuhalten; wenn derselbe aber die dazu nöthigen Mittel nicht besitzt, so muß der Hypothekgläubiger, sofern auch er nicht Rath schaffen will, sich gefallen lassen, daß das benöthigte Kapital aufgenommen und dem neuen Gläubiger (cujus pecunia, wie das Gesetz sagt, salvam fecit totius pignoris causam) der Vorrang vor den schon bestehenden Hypothekforderungen eingeräumt werde, wenn er nur unter dieser Bedingung Credit geben will. Die Verminderung der hypothekar. Sicherheit und somit eintretenden Falls der Verlust trifft dann, wenn mehrere Hypothekgläubiger vorhanden sind, zuerst den, der eine Nachhypothek hat, also wenn A. mit 3000 fl. hernach B. mit 2000 fl. eingetragen wäre, und seiner Zeit bei dem Verkaufe der Hypothek nicht so viel erlöst würde, um den A. und B., dann den C., der den neuen Vorschuß von 600 fl. gemacht hat, zusammen befriedigen zu können, zuvörderst den B. an seinen 2000 fl. Dieß ist nicht mehr als billig. Denn der nämliche, vielleicht noch ein größerer Verlust würde entstanden seyn, wenn das Hypothekobject in seinem ruinosen Zustande geblieben wäre, indeß das Darlehen des C., sofern es, was freilich wesentliche Bedingung ist, zum Besten des Hypothekgegenstandes auf die angegebene Art verwendet worden, zunächst dem B. zu guten kommt. Tritt daher ein

i) L. 5. 6. D. qui pot. in pign. (20, 4.)

ein solcher Fall ein, so erläßt das Gericht auf Anzeige entweder der Polizeibehörde oder der Hypothekgläubiger oder auch des Besitzers selbst 1) vor allen an diesen den Befehl zur Herstellung. Hat derselbe nun nicht die Mittel, kann aber noch auf Nachhypothek, also in dem obigen Beispiele nach den Forderungen von 3000 fl. und 2000 fl. Credit finden, so hat die Sache keine Schwierigkeit. Aber gesetzt 2) der Creditgeber auf die benöthigte Summe von 600 fl. wollte nicht die letzte Stelle einnehmen, so fragt sich vor allen: a) ob nicht demselben anderweit eine ihn befriedigende Sicherheit gegeben werden kann? und wenn dieß nicht der Fall ist, b) ob er mit der zweiten Hypothekstelle, also nach den 3000 fl. des A. sich begnügt, oder c) die erste begehrt, also beiden Hypothekgläubigern vorgehen will. Je nach diesen Umständen ist nun 3) vor allen die Sache in Güte zu ordnen Pflicht des Richters. Schlägt aber dieser Versuch fehl, will also der Gläubiger, vor welchem C. den Rang begehrt, weder dazu sich verstehen, die Priorität einzuräumen, noch selbst die Mittel herbeischaffen, so wird 4) die Sache zur summarisch-rechtlichen Erörterung gezogen, und sodann nach der Lage der Sache erkannt:

> **daß A. und B. (oder nach den Umständen B.) entweder die Mittel, wodurch der Credit des C. entbehrlich werde, beizuschaffen, oder dem C. den Rang vor ihrer (seiner — des B. nämlich —) Forderung einzuräumen verbunden.**

**Sobald diese Entscheidung die Rechtskraft beschritten hat, wird das Erforderliche hiernach an das Hypothekenamt verfügt, und der Realisirung des neuen Darlehens auf die zur Bedingung gemachte Hypothekstelle steht kein Hinderniß im Wege.**



Digitized by Google

14) Der befriedigte Pfandgläubiger muß dem Schuldner das Pfand zurückgeben. Ist es eine Hypothek, so geschieht es durch Rückgabe des ausgestellten Hypothekeninstruments mit Quittung, und wo Hypothekenbücher bestehen, durch Quittungsleistung und Einwilligung in die Löschung, wiewohl es einer besondern Einwilligung dießfalls zu der zu verfügenden Löschung nicht bedarf, so bald nur eine auch in formeler Hinsicht genügende (vor dem Hypothekenamt oder sonst gerichtlich ausgestellte, oder dafür geltende *k*)) Quittung über die Schuld beigebracht ist. Liegt dem befriedigten Gläubiger eine Zögerung dabei zur Last, — er will nicht gerichtlich quittiren, wo dieß nothwendig ist, oder das getilgte Schulddokument nicht herausgeben, weil es ihm angeblich abhanden gekommen, — so kann sich der Schuldner der Pfandcontractsklage (actio pigneratitia directa) bedienen, wenn der Weigerung nicht auf kürzerem Wege, etwa durch einen richterlichen Strafbefehl zu begegnen ist. In dem Falle, wo der Gläubiger das Document nicht mehr zu besitzen, sondern dasselbe verloren zu haben behauptet, kann auf den Grund der bloßen Quittung, und eines von dem Gläubiger angebotenen Mortificationsscheins die Löschung nicht mit Sicherheit erfolgen, da über das Document durch Cession, Pfandgebung ꝛc. verfügt worden seyn kann. Es muß daher ein öffentliches Aufgebot der angeblich verlornen Urkunde und deren Kraftloserklärung durch Urtheil erfolgen. Versteht sich der Gläubiger nicht in Güte dazu und zu den Kosten, so geht das Gesuch des Schuldners dahin:

daß der Beklagte den ihm ausgestellten und angeblich verlornen Schuld- und Hypothekenbrief dem Kläger zu-

*k*) In Bayern die eines Siegelmäßigen.

rückzugeben, oder auf seine Kosten amortisiren zu lassen schuldig.

15) Bei einem Pfand mit Besitz muß der Schuldner dem Gläubiger alle von diesem aufgewendete nothwendige und nützliche Auslagen nach Billigkeit *l*) erstatten. Dem Schuldner soll nämlich auch nicht durch einen unangemessenen Aufwand, wenn auch gleich derselbe sonst der verpfändeten Sache zum Besten gekommen wäre, die Last der Einlösung erschwert werden. Endlich ist noch

16) der besondern gesetzlichen Bestimmung *m*) zu gedenken, wornach einem auf seine Pfandforderung befriedigten Faustpfand-Gläubiger ein Retentionsrecht an dem Pfande auch für andere Forderungen, als wofür das Pfand bestellt worden, zusteht.

## §. 123.

### Deutschrechtliche Abweichungen von der römischen Pfandrechtstheorie.

Ausser dem, was bis jetzt darüber, besonders sofern die Abweichungen ihren Grund in dem Hypothekenbuchs-Institut haben, gelegenheitlich schon erinnert worden, ist noch folgendes zu bemerken. Die Verschiedenheiten zwischen dem römischen und germanischen Credit-

*l*) Der Richter soll hiebei darauf Rücksicht nehmen, wie Ulpian in l. 25. de pign. act. sich ausdrückt: ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

*m*) L. un. C. etiam ob chirogr. (8, 27.)

system sind zwar meist formell, doch auch materiell. Sie zeigen sich nämlich — wiewohl meist nur, wenn auch nicht in den Prinzipien, doch in den Modificationen, als partikularrechtliche Erscheinungen —: I.) darin, daß an beweglicher Habe nur ein Pfandrecht mit Besitz zulässig ist *n*), als worin sich die altgermanische Vorstellung, daß es überhaupt nur handhafte Pfänder geben könne, wenigstens bezüglich auf Mobilien erhalten hat, was auch II.) mit dem Grundsatze des germanischen Rechts: „Hand muß Hand wahren" der Fall ist, welcher mit der Behauptung des dinglichen Characters eines Pfandes an beweglicher Habe, wo nicht gänzlich unverträglich ist, doch denselben schwächt und manche Schwierigkeiten, wenigstens bei der Geltendmachung des Pfandrechts verursacht, indem die Vindication gegen einen dritten redlichen Erwerber ausgeschlossen ist, wiewohl dadurch auf der andern Seite der Pfandverkehr wieder befördert wird, indem der redliche Pfandnehmer einer fremden Sache nichts zu besorgen hat. Auch III.) in der fast allgemein üblichen *o*) Veräusserung der Pfänder durch die Gerichte, besonders aber IV.) in der nothwendigen gerichtlichen Concurrenz bei Pfandbestellungen nach Privatwillen, wenn der Gegenstand ein unbewegliches Gut ist, (§. 119 Note d.) *p*) ingleichen V.) in der Beschränkung, und wo Hypothekenbücher nach dem Prinzip der Publicität eingeführt sind, gänzlichen Abschaffung aller stillschweigenden Hypotheken — zeigen sich wesentliche Abänderungen der römischen Pfandrechtslehre, wenigstens in diesen Beziehungen. Endlich enthält VI.) der Orga-

---

*n*) Eichhorn's Einleitung §. 190.

*o*) Mev. Dec. VIII. 268. Preuß. L. R. I. 20. §. 28.

*p*) Mittermaier's Grundsätze §. 181.

nismus der Hypothekenbücher, die nun schon in dem größten Theile von Deutschland eingeführt sind, und deren entschieden wohlthätiger Einfluß auf die Sicherheit des Grundbesitzthums und den öffentlichen Credit auf Pfänder, die nicht von Hand in Hand gehen, immer mehr erkannt wird, so viele eigenthümliche Abweichungen von dem römischen Pfandrechtssystem und vornämlich in Beziehung auf die Art und Weise, wie Hypotheken entstehen und zum Gegenstand öffentlicher Verwaltung geworden sind, daß das deutsche und practische von dem römischen Immobiliar-Creditsystem in wesentlichen Punkten sich unterscheidet. Durch diese Hypothekenbücher soll nämlich die für den Verkehr so überaus wichtige Aufgabe gelöst werden: wie bei Pfändern, die dem Creditgeber nicht übergeben werden, sondern in den Händen des Schuldners bleiben, des eben hierin liegenden Widerspruchs mit der bei einer jeden Pfandgebung bezielten Sicherheit ungeachtet, der Zweck dennoch zu erreichen ist. Und diese Aufgabe erscheint als befriedigend gelöst durch den Organismus des Hyp. Buchs Instituts. Denn derselbe geht von der Idee aus: Da Pfänder mit und ohne Besitz ihrem Zwecke nach gleich sind, in dem Nichtbesitze des auf die Sache versicherten Gläubigers aber ein Hinderniß dieses Zwecks liegt, so muß zur Beseitigung dieses Hindernisses ein Mittel gegeben werden, und dafür gilt die besondere Aufsicht der Staatsgewalt mittelst des Instituts der öffentlichen Hypothekenbücher, so fern als nach deren Organismus die Dinglichkeit eines jeden Anspruchs an ein unbewegliches Gut schlechthin bedingt ist durch die, eine Art symbolischer Uebergabe vorstellende, Eintragung in selbige. Die Tendenz der Hypothekenbücher ist daher keine andere, als: die Rechtseigenschaft bestimmter Verpfändungsobjecte (Immobilien), weil sie nicht von Hand in Hand gehen,

Digitized by Google

durch die besondere Vormerkung des sie betreffenden Verkehrs zu einem Gegenstande der möglichen Kenntniß Aller, die es angeht, zu machen. Und so beruht denn jedes H. B. auf zwei Hauptprinzipien: dem der Specialität und der Publicität, — beide unzertrennbar von dem Begriffe der Erwerbung einer Hypothek 9).

Dem Prinzip der Oeffentlichkeit gemäß erhalten die Rechte des eingetragenen Gläubigers ihre Modificationen genau nach der, aus dem Inhalte des H. B. hervorgehenden Beschaffenheit des Unterpfands-Objects, und zwar sowohl in Beziehung auf die Befugniß des Schuldners zur Pfandgebung mit dem in Frage stehenden Immobile, also ob und unter welchen etwaigen Beschränkungen er Eigenthümer desselben ist, als in Beziehung auf die, auf der Sache haftenden Lasten und darauf etwa schon bestellten Hypotheken. Denn da jeder Besitzer eines Grundstücks, wenigstens sobald er dasselbe verpfänden oder sonst belasten will, seinen Besitztitel in das Hyp. Buch einschreiben lassen muß, und da keine Art der Hypotheken — stillschweigende sind unverträglich mit der Natur eines H. B. — ohne Eintragung besteht, so ist das H. B. eine zuverlässige Quelle der Erkenntniß des Realzustandes des inscribirten Grundstücks und der Entscheidung aller Zweifel und Bedenken über die Rechte des Schuldners und Gläubigers und des letztern bei der Concurrenz mit andern Berechtigten.

---

9) Hierüber und über den ganzen Organismus der Hypothekenverfassung vergl. mein Handb. des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwill. Gerichtsbarkeit II. Th. 9. Kap. §. 267 ff. (2. Ausg.)

Digitized by Google

Der Creditgeber darf sich daher nur nach dem Inhalte des H. B. achten, und er kann es mit Zuversicht. Namentlich sind alle Beschränkungen des Eigenthums z. B. aus dem Feudal- oder Fideicommißverband, oder aus einem pactum bei dem Erwerb des Grundstücks (addictionis in diem, reservati dominii, legis commissoriae etc.) dem davon sonst nicht unterrichteten Creditgeber nur so weit entgegen, als sie aus dem H. B. erhellen. Es wird aber auch niemand mit der vorgeschützten Unwissenheit des Inhalts des H. B. gehört. Dieß alles versteht man unter der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher.

Dieser Abweichungen nach gemeinen deutschen und Partikularrechten ungeachtet gelten doch noch viele Bestimmungen des R. R. in dieser Materie, — weniger freilich da, wo das H. B. Institut förmlich eingerichtet ist, mehrere da, wo man es noch nicht kennt. Wenigstens ist die Theorie von der Hyp. Klage sowohl in Beziehung auf deren äussern, als so viel dieß irgend mit dem nichtrömischen System verträglich ist, auch auf die innere Form überall noch vollkommen anwendbar.

## §. 124.

### Klage, deren Erfordernisse, Zweck und Dauer.

Der Grund der Hypothekarklage als einer dinglichen ist die Zuständigkeit des Pfandrechts an einer bestimmten Sache (§. 16.), und ihr Gegenstand kann alles seyn, was Gegenstand eines Kaufs ist (§. 119, 3.). Der Kläger ist der nichtbesitzende Pfandgläubiger, derselbe mag als Faustpfandgläubiger den Besitz verloren haben, und nicht possessorisch klagen können oder wollen,

oder als Hypothekgläubiger nie im Besitz gewesen seyn. Der Beklagte ist der wirkliche oder auch analog von der Reivindication der fingirte Besitzer des Pfandgegenstandes, es sey übrigens der Schuldner, oder ein Dritter; doch kann dieser verlangen, daß zuerst der Schuldner oder dessen Bürge ausgeklagt werde, kraft des s. g. beneficium excussionis personale *r*). Die Klage geht selbst wider einen Pfandgläubiger, wenn nur der Kläger ein vorzüglicheres Pfandrecht hat, als dieser (§. 121, 11.), oder unbeschadet des vorzüglicherern Rechts des Beklagten. Zweck der Klage ist die Herausgabe des Pfandes, um der pfandrechtlichen Befugnisse daran theilhaftig zu werden, nämlich a) bei dem Faustpfande der Rechte und Vortheile des Besitzes, wohin die Befugniß zur Bestellung eines subpignus und das Retentionsrecht (§. 122, 16.) gehören, besonders aber das Recht der Veräusserung (distractio pignoris) b) bei der Hypothek bloß zu dem letztgenannten Zwecke. Daher bedarf es, wie schon oben (§. 118.) gedacht worden, bei dem Faustpfande, so lange der Kläger in dessen Besitz ist, dieser Klage nicht, indem er von selbst die bemerkten Vortheile des Besitzes hat, auch die Veräusserung unter den nach R. R. vorgeschriebenen Formen aus eigener Befugniß vornehmen kann, was aber h. z. T. anders ist; denn auch der Faustpfandgläubiger muß ordentlicher Weise wenigstens (§. 123. III.) zum Zwecke der Veräusserung seines Pfandes die Gerichte angehen, eine Verpflichtung, die jedoch im Grunde seine Lage eher erleichtert, als erschwert, weil er nun aller Verantwortlichkeit und der römischen verzögerlichen Formen der Privatdistraction überhoben ist, die besonders dann

*r*) Nov. 4. c. 2.

eintreten, wenn der Schuldner dem Pfandgläubiger nicht den Verkauf des Pfandes ohne weiters vertragsweise eingeräumet hat. Auf Zahlung oder Herausgabe des Pfandes (durch Cumulation der Darlehens- oder sonstigen Schuldforderungsklage mit der Hypothekarklage) kann nur gegen den Schuldner, nicht aber gegen einen dritten Besitzer der Pfandsache geklagt werden (§. 16. a. E.), wenn schon diesem freisteht, durch Bezahlung der Schuld sich von der Klage zu befreien *s*). Selbst gegen den Schuldner muß der Hypothekgläubiger bei dieser Cumulation behutsam seyn. Denn die Schuldforderung kann schon durch Verjährung zur klagbaren Geltendmachung erloschen seyn, indeß das Leben der Pfandklage an sich (§. sq.), aber auch wegen etwa späterer Entstehung des Pfandrechts noch fortdauert *t*), daher zum Zweck der Geltendmachung der Schuld im Wege einer Einrede diensam werden kann, welche perpetua ist. Ist es zweifelhaft, ob nicht der Schuldner nur als naturaliter obligatus werde erkannt werden, so ist es rathsamer, bloß die Pfandklage anzustellen.

Das Gesuch geht, wie schon bemerkt, eigentlich auf Abtretung der Hypothek bis zur Befriedigung, und darauf wird auch der Antrag gerichtet, wenn die Hypothek nicht veräusserlich ist, damit der Gläubiger unterdessen die Vortheile des Besitzes, besonders rücksichtlich des Früchtegenusses, nämlich zum Zwecke seiner wenigstens allmählichen Befriedigung, erlange, also z. B. wenn der Gläubiger eines Lehenguts auf Verkauf der Sub-

---

*s*) L. 16. §. 3. D. de pignor. (20, 1.)

*t*) L. 2. C. de luit. pign. (8, 31.)

Digitized by Google

stanz anzutragen, nach Beschaffenheit seiner Forderung nicht befugt ist, sondern seine Befriedigung aus den Einkünften auf den Grund gerichtlicher Immission suchen muß. Ausser diesem Fall hat aber die Abtretung der Hypothek keinen andern Zweck als den des Verkaufs, und da dieser jetzt gerichtlich erfolgen muß, so wird das Petitum sofort auf den Endzweck, nämlich auf Befriedigung durch gerichtlichen Verkauf, und weil die Gerichte nur durch Subhastation verkaufen, auf diese gerichtet. Hiernach geht das Gesuch dahin:

A) bei einer Hypothek,

a) wenn gegen den Schuldner als Besitzer selbst geklagt und die Schuldforderungs-Klage mit der H. K. cumulirt wird, zu erkennen:

daß dem Kläger für die libellirte Forderung von 1000 fl. cum omni causa das Hypothekrecht auf des Beklagten in der Klage bemerkte Gut sammt Zugehör zustehe, daher Beklagter die Schuld binnen 4 Wochen zu bezahlen schuldig u), widrigenfalls das verhypothecirte Gut auf Kosten des Beklagten gerichtlich zu subhastiren, das Kaufgeld zu des Klägers Befriedigung zu verwenden, Beklagter auch die Kosten des Prozesses zu erstatten verbunden.

---

u) In der Klage muß natürlich zu deren Begründung unter andern bemerkt, und wenn exekutivisch geklagt wird, wenigstens bescheinigt seyn, daß die Zahlungszeit eingetreten und Beklagter in mora solvendi sey, also; daß ihm das Kapital am ... zur Heimzahlung aufgekündigt worden u. s. w. ingleichen im Fall ad b daß der Beklagte das Hypothekrecht des Klägers in Güte anzuerkennen sich weigere ꝛc. was auch mut. mut. in den Fällen ad B. gilt.

Digitized by Google

b) Wenn gegen einen dritten Besitzer des Hypothekobjects die Klage gerichtet wird, daher die Cumulation mit der persönlichen Klage unzulässig ist, geht das Gesuch dahin:

> daß dem Kläger für seine Forderung von . . die Hypothek auf . . . zustehe, daher der Beklagte als Besitzer dieselbe behufs der Befriedigung des Klägers abzutreten und zum gerichtlichen Verkauf an den Meistbietenden bringen zu lassen, auch alle Kosten zu erstatten schuldig.

B) Bei einem Faustpfande,

a) in dessen Besitz sich der Kläger befindet, wird entweder, zumal wenn wegen der Forderung Widerspruch oder Einreden besorgt werden, die persönliche mit der Pfandklage cumulirt und gebeten:

> daß Beklagter das libellirte Darlehen von 100 fl. sammt Zinsen und Kosten binnen . . . zu zahlen schuldig, widrigenfalls mit dem Verkauf des zum Pfande gegebenen, und von dem Kläger auf erhaltene Weisung zu Gerichts Handen zu liefernden, Brillantrings an den Meistbietenden auf des Bekl. Kosten von Gerichtswegen zu verfahren und der Erlös zuvörderst zur Befriedigung des Klägers zu verwenden;

oder es wird im Wege einer bloßen Imploration sofort auf den Verkauf des Pfandes der Antrag gemacht, dahin:

> daß der dem Kläger zum Pfand gegebene Ring, wenn selbigen Beklagter in der ihm zu präfigirenden endlichen Frist von . . . Tagen durch vollständige Befriedigung des Klägers auf Kapital, Zinsen und Kosten nicht ein-

Digitized by Google

löse, von Gerichtswegen zu verkaufen und der Erlös zur Befriedigung des Klägers zu verwenden.

b) wenn ein Dritter das Pfand besitzt:

daß Beklagter den in seinen Händen befindlichen, von dem N. für ein Darlehen von ꝛc. ꝛc. dem Kläger verpfändeten Wagen diesem herauszugeben und zum gerichtlichen Verkauf bringen zu lassen schuldig, mit Erstattung der Kosten.

## §. 125.

### Beweislast. Dauer der Klage.

Der Kläger muß den Grund seiner Klage beweisen, also die wirklich geschehene Verpfändung und den Besitz des Beklagten. Daß dem Beklagten als Verpfänder das Eigenthum an der verpfändeten Sache zustehe, braucht er nicht zu beweisen; denn wollte der Beklagte dieß läugnen, so würde ihm die replica doli entgegenstehen *v*). Anders wenn er gegen einen dritten Besitzer des Pfandes, der nicht sein Schuldner ist, auch sein Recht nicht von dem Schuldner selbst erworben hat, klagt. Denn hier muß der Kläger das Eigenthum des Verpfänders darthun; doch genügt der Beweis des prätorischen Eigenthums, so daß, wenn der Schuldner mit der publicianischen Klage gegen den Dritten das Eigenthum hätte vindiciren können, so viel auch zum Beweis des Gläubigers genügt *w*). Wird gegen einen andern Pfandgläubiger geklagt, so muß das *bessere* Pfandrecht, wenn dieses, also ein Vorzugsrecht, behauptet

*v*) L. 41. de pign. act. L. 21. §. 1. de pignor.

*w*) Glück XVIII. S. 388. Wening-Ingenheim Lehrb. I. §. 182.

wird, vom Kläger erwiesen werden, eine Beweis-Auflage, deren es jedoch da, wo Hyp. B. bestehen, nicht bedarf, da das Prioritätsverhältniß schon aus diesen erhellen muß, wenn anders nicht die Post in Ansehung der Stelle als zweifelhaft eingetragen ist, wo die Beweisauflage allein von Relevanz wäre.

Was die Dauer der Hypothekarklage betrifft, so kann selbige in 40, auch wohl in 30 Jahren verjähren, bisweilen selbst in einem noch kürzern Zeitraum unwirksam werden. Ihre Dauer ist nämlich vierzig Jahre, wenn der Schuldner oder seine Erben, oder ein anderer Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners das Pfand besitzen. Nach dem Tode des Schuldners erlischt die Klage gegen diesen Pfandgläubiger in dreißig Jahren, wenn derselbe nur seinen eigenen Besitz, in vierzig Jahren, wenn er auch die Besitzzeit seines Auctors, des Schuldners, mit in Rechnung bringen will. Besitzt ein Dritter das Pfand als Eigenthümer, so erlischt das Pfandrecht und somit auch die Klage, sobald er das Pfandobject, unbekannt mit dem Pfandnexus (in 10, 20 oder 30 Jahren) usucapirt hat *x*). Wo förmliche Hypothekenbücher eingeführt sind, kann gegen eine eingetragene Forderung, so lange sie ungelöscht besteht, gar keine Verjährung anfangen (s. oben Seite 99. Note h.).

## II. Possessorische Klagen.

### §. 126.

#### Das interd. salvianum.

Dieses auf Erlangung des Besitzes eines Pfan-

*x*) Höpfner's Commentar §. 1186.
Thibaut über Verjährung §. 54.

des gerichtete possessorische Rechtsmittel ist ursprünglich bloß dem Verpächter eines Landguts gegeben, wenn er auf die von dem Pächter in das Gut gebrachte Fahrniß, oder auf die Früchte und Erzeugnisse von dem Pachtfundus ein ihm darauf vertragsweise zur Sicherheit seiner Pachtgelderforderung bestelltes Pfandrecht zur wirklichen Ueberkommung des Besitzes jener Gegenstände geltend machen will. Es wird aber auch von andern Pfandberechtigten zur Erlangung des Besitzes gebraucht und von dieser analogen Anwendung interdictum quasi salvianum genannt. Der Grund desselben ist ein zur Erlangung des Besitzes einer Sache als Pfand geeignetes Rechtsverhältniß. Der Kläger ist der besitzberechtigte aber nichtbesitzende Gläubiger; der Beklagte der Schuldner, der das Pfand besitzt, nicht aber ein dritter Besitzer der Sache, wenigstens nach dem Rechte des Coder nicht *y*), wiewohl hierüber die Ansichten der Rechtsgelehrten sich noch nicht vereinigt haben, indem von Einigen auch die Zulässigkeit gegen einen Dritten behauptet wird *z*), weshalb es rathsam ist, das Interdict mit der hypothekarischen Klage alternativ zu cumuliren *a*). Das Gesuch geht auf Einräumung des Besitzes der Sache nach Pfandrecht. Da es übrigens hier auf ein bloßes Provisorium angesehen ist, und die Hypothekarklage eigentlich nur unter einer andern Prozeßform erscheint *b*), so sind bloß solche Einre-

*y*) L. 1. C. de precario. (8, 9.)

*z*) Die Autoritäten für und wider siehe bei Mackeldey im Lehrb. §. 325 b und Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 319.

*a*) L. 1. §. 4. quod legator. (43, 3.) Leyser spec. 511. med. 5. corol.

*b*) v. Savigny Besitz S. 415.

den zulässig, die nicht auf weit aussehender Erörterung beruhen. — Wenn es übrigens gleich bei dem Hypothekgläubiger in der Natur seines Rechts liegt, daß dasselbe nicht mit dem Besitz des Pfandes verbunden ist, daher bei ihm von einem rechtlichen Begehren auf Erlangung des Besitzes, ausser so weit dasselbe in der Hypothekarklage selbst liegt, eigentlich keine Rede seyn kann, so ist doch für ihn das Salvianische Interdict besonders dann von Gebrauch, wenn die Hypothekbestellung sub pacto de ingrediendo pignus geschehen ist, er aber gleichwohl bei der Besitznahme Hindernisse findet, und deswegen die Einräumung des Besitzes von dem Richter verlangt *c*). Auf diese Weise wurden von den ehemaligen höchsten Reichsgerichten mandata de solvendo vel dimittendo hypothecam erkannt, so wie nach gemeinem Prozeß ein dem Executivprozeß ähnliches Verfahren eintritt, in dessen Folge, wenn nicht sofort Zahlung geleistet wird, die Hülfsvollstreckung vor allen durch Ausantwortung des Besitzes des verpfändeten Gegenstandes an den Gläubiger geschieht *d*). Es kann aber auch ausserdem der Hypothekgläubiger in den Fall kommen, zu diesem possessor. Klagmittel seine Zuflucht zu nehmen, wenn etwa der Schuldner als Besitzer der verhypothecirten Sache, ehe die Verfallzeit der Schuld eintritt, also die Hypothekarklage nata ist, Unternehmungen macht, welche das Hypothekrecht des Gläubigers gefährden und nicht durch bloße Inhibitionen oder richterliche Strafbefehle sicher abgewendet werden können; z. B. er unterläßt bei herannahender Saatzeit die Bestellung der Felder u. s. w. In diesem Fall kann

---

*c*) L. 3. C. de pign. (8, 14.)

*d*) Gönner's Handb. IV. Abhandl. 81. §. 37.

Digitized by Google

zwar ein Sequester angeordnet werden, aber es kann der Gläubiger kraft des Salv. Interdicts den Antrag stellen, daß er in das ihm verhypothecirte Grundstück immittirt werde, welches denn auch dem Interesse aller Betheiligten leicht am angemessensten seyn kann. Ausser diesen Fällen dient dieses Interdict besonders — was denn auch seine ursprüngliche Richtung ist — dem Verpächter eines Landguts bezüglich auf die Sachen des Pächters, wovon im 1. Kap. des folg. Abschn. die Rede seyn wird.

---



Digitized by Google

# Vierter Abschnitt.

## Persönliche oder zum Schutze von Obligationen dienende Klagen.

### §. 127.

Vorerinnerung.

Nach Verschiedenheit der Entstehungsgründe einer obligatio oder eines Forderungsrechts wird rücksichtlich der daraus entspringenden Klagen nun noch gehandelt werden: von Klagen I. aus Contracten und Quasicontracten; II. aus Delicten e) und Quasidelicten, oder aus widerrechtlichen Handlungen auf Schadensersatz, denen sich III. gewisse Rechtsmittel zur Vorbeugung schädlicher Unternehmungen und zur Sicherung von Schadensersatzleistungen anschließen sollen, so wie IV. Klagen, die unmittelbar durch die Gesetze der Billigkeit wegen begründet sind. Den Schluß machen V. Klagen zum Schutz öffentlicher Rechte, besonders in Beziehung auf materielle Interessen.

e) Von den in diese Kategorie gehörigen possessorischen Klagen ist schon im zweiten Abschnitte gehandelt worden.



Digitized by Google

# Erstes Kapitel.

## Klagen aus Verträgen und vertragähnlichen Verhältnissen.

### I. Aus Verträgen.

### §. 128.

#### Aus dem Pachtcontract.

In dem weiten Gebiete der Klagen aus Verträgen wird sich planmäßig (§. 12.) auf diejenigen beschränkt werden, die aus zwei, vorzugsweise bei dem Landbau vorkommenden Rechtsgeschäften, dem Pachtcontract und der Bestellung eines Altentheils, entspringen. Zuerst also von dem Pachtcontract oder der locatio conductio rerum, deren Gegenstand ein fruchttragendes Grundstück (praedium rusticum) oder eine andere fruchttragende Sache ist. Dabei sollen denn auch hier die rechtlichen Grundsätze und Regeln kürzlich vorausgeschickt werden, und es ist zuvörderst im Allgemeinen, als beide Contrahenten, den Verpächter (locator) — ordentlicher Weise der Eigenthümer der Sache *f*) — und den Pächter (conductor, hier besonders colonus genannt) angehend, folgendes zu bemerken.

---

*f*) Der Verpächter kann auch seine eigene Sache wieder pachten, ein Fall, der besonders da nicht ungewöhnlich ist, wo ein ganzer Gutscomplex in Pacht gegeben wird. Der Verpächter pflegt dann wohl ein oder das andere Stück zur pachtweisen Benutzung sich wieder abtreten zu lassen.

Digitized by Google

1) Der Pachtvertrag ist als Consensualcontract schon durch die übereinstimmende Willenserklärung der zur Eingehung desselben Befähigten *g*) über die in Pacht zu überlassende Sache und das bedungene Pachtgeld (merces) perfect, wofern nicht die schriftliche Abfassung verabredet oder nach Landesrechten vorgeschrieben ist. — 2) Die verpachtete Sache wird zum Gebrauch und zur Benutzung überlassen, und dieselbe kann eine körperliche oder unkörperliche, ein Grundstück oder eine Gerechtigkeit seyn. Nur Prädialservituten können nicht anders als mit dem herrschenden Grundstücke zum Pacht ausgethan werden *h*). — 3) Werden bloß die Früchte einer Sache, nach der Sprache des gemeinen Lebens gewisser Gegenden, in Pacht oder Bestand überlassen, z. B. das heurige Obst in meinem Garten, so ist dieß kein Pacht, sondern ein Kauf *i*). Dieser Unterschied ist darum zu bemerken, weil Unglücksfälle wegen zwar der Pächter, nicht aber der Käufer auf Remission am Preise Anspruch machen kann. Denn der Käufer wird Eigenthümer auch der noch unreifen Früchte, trägt folglich auch die Gefahr, während dem Pächter nur der Gebrauch überlassen wird. — 4) Aus diesem Grunde der Eigenthumsüberkommung trägt auch der Pächter die Gefahr, wenn ihm das Inventarium, namentlich das Vieh, als eisern durch den contractus socidae überlassen wird *k*). 5) Der Pachtschilling kann in Geld oder Früchten oder in beiden zugleich bestehen. Ist selbiger im Verhältniß zum Ganzen der gewonnenen Früchte (pars quota) be-

*g*) Vergl. Thibaut's System §. 861.

*h*) L. 44. D. locati (19, 2.)

*i*) Strube's rechtl. Bed. Bd. V. num. 98.

*k*) L. 3. L. 54. §. 2. D. h. t.

stimmt, so nennt man das Geschäft einen Theilpacht (colonia partiaria). — 6) Sobald der Contract zur Perfection gelangt ist, haftet jeder der Vertragschließenden für jede culpa, für diligentia und custodia *l*). 7) Eine Pachtung, für deren Dauer keine Zeit im Vertrag bestimmt ist, endigt sich erst nach vorgängiger Aufkündigung. Bei Pachtungen von Ländereien zum Ackerbau bringt es der Zweck des Unternehmens mit sich, daß keine Dauer unter einem Jahr angenommen werden kann. Es wird aber das Jahr von der Zeit an gerechnet, da die erste Hand an das Grundstück zur Bebauung gelegt wird, bis dahin, wo die Früchte eingeheimst sind. Ist dagegen von Pachtungen ganzer Landgüter, welche aus mehrern verschiedenartigen Stücken und Nutzungs-Rubriken bestehen, die Rede, so muß mit Rücksicht auf die Gewohnheit der Ackerwirthschaft der Gegend, besonders wo die Dreifelderwirthschaft besteht, ein landwirthschaftlicher Cultur-Cursus von 3 Jahren als Einheit angenommen und hiernach die Dauer der Pachtung auf 1, 2, 3 ꝛc. dergleichen Einheiten, also auf 3, 6, 9 ꝛc. Jahre gesetzt werden. — 8) Hiernach muß hauptsächlich die Frage beantwortet werden, wie lange die Dauer einer stillschweigenden Relocation anzunehmen ist. Es wird nämlich eine solche stillschweigende Verlängerung angenommen, wenn der Pächter dem Verpächter seinen Entschluß, die Pachtung fortsetzen zu wollen, erklärt und letzterer nicht widerspricht, vielmehr geschehen läßt, daß der Pächter sich zur Fortsetzung der Pachtung einrichtet, so wie wenn der Verpächter über die Zeit der ersten Verpachtung weitere Pachtpensionen annimmt. Bei einer solchen stillschweigenden Relocation

*l*) §. 5. J. L. 28. C. L. 9. §. 2. L. 25. §. 7. D. h. t. L. 5. §. 2. commodati (13, 6.)

muß nun dem Pächter der Pachtfundus so lange noch überlassen werden, daß ihm der volle Nutzen nach landwirthschaftlichen Regeln auch in der Periode der Verlängerung möglich ist. Machen daher nur einzelne Grundstücke den Gegenstand der Verpachtung aus, so dauert die stillschweigende Pachtverlängerung nur ein Jahr, weil diese Grundstücke in dieser Zeit ihren vollen Ertrag gewähren. Anders verhält sich die Sache, und das römische Recht, welches bei der Relocation nur ein Jahr annimmt *m*), kann hier nicht schlechthin zur Norm angenommen werden bei größern Gütercompleren, die aus vielerlei Nutzungsgegenständen und Rubriken bestehen. Denn der deutsche Feldbau und die Art der Ackerbewirthschaftung in nördlichern Himmelsstrichen fordert eine längere Zeit zum völligen Genuß eines ganzen Landguts, indem der Aufwand für Düngung ꝛc. erst nach Ablauf der zum landesartigen Fruchtwechsel im Winterfeld, Sommerfeld, Brachfeld erforderlichen Zeit sich vergütet *n*). — 9) Auch vor dem Ablaufe der bedungenen Zeit kann der Pacht, der übrigens durch den Tod eines der Contrahenten sich nicht endigt *o*), aufhören: a) mit

---

*m*) L. 13. §. 11. L. 14. D. h. t.

*n*) Hagemann's Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 378. Klein's Annalen Bd. I. S. 131. — A. M. ist v. Glück XVII. S. 278. und die für seine Ansicht angeführten Schriftsteller. — Dagegen werden für die hier aufgestellte Behauptung und deren Gründe die conformen Bestimmungen der drei neuesten Gesetzbücher unserer Zeit, des preußischen (A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 328 ff.) des österreichischen (Ges. Buch §. 1115.) des französischen (code civ. art. 1774.), als sehr gewichtige Autoritäten gelten. Auch das bayer. Landrecht (Th. IV. Kap. 6. §. 19.) stimmt damit überein.

*o*) §. 6. J. de locatione (3, 25.) L. 10. C. h. t. (4, 65.)

dem Aufhören des Rechts des Verpächters, wenn dessen Eigenthum oder sonstiges zur Verpachtung ihn berechtigendes Recht an der Sache nur ein widerrufliches ist *p*); ferner b) durch den Verkauf der Sache, sofern die Fortsetzung des Pachts mit dem Käufer nicht verabredet worden, nach der Regel: Kauf bricht Miethe, vorbehältlich jedoch der Entschädigungs-Ansprüche des von dem Käufer abgetriebenen Pächters. Will der Pächter nicht weichen, so kann sich der Käufer, wenn er durch Tradition und Berichtigung des Kaufgeldes, oder partikularrechtlich durch Adjudication bei gerichtlich nothwendigen Subhastationen *q*), und durch Intabulation in die öffentlichen Bücher *r*) auch ohne Uebergabe Eigenthümer geworden, der Eigenthumsklage bedienen: ausserdem kann er gegen den Verkäufer mit der Kaufklage auf Tradition, oder auch gegen den Pächter, so weit der Verpächter selbst dazu berechtigt ist, ex jure cesso mit dem int. unde vi auftreten *s*). Der Pächter selbst ist an die Fortsetzung des Contracts nicht gebunden, wenn ihn der Verpächter nicht durch Verabredungen mit dem Käufer wegen ruhiger Fortsetzung der Pachtung gehörig sicher gestellt hat *t*). Wird über das Vermögen des Verpächters Concurs eröffnet, so dauert auch hier die Pachtung bis zum Verkauf des Pachtfundus fort *u*), übrigens

*p*) L. 9. §. 1. h. t.

*q*) Preuß. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 342.

*r*) Oesterreich. Ges. Buch §. 441. und v. Zeiller im Commentar dazu.

*s*) L. 12. D. de vi (43, 16.) Weber's Beitr. zu der Lehre von Klagen, III. Stück S. 99. Mühlenbruch Cession S. 278. Note 67.

*t*) L. 9. pr. L. 25. §. 1. D. L. 9. C. h. t.

*u*) L. 8. §. 1. D. de rebus auct. jud. possid. (42, 5.) Mühlenbruch pand. I. §. 171.

Digitized by Google

unter der nämlichen Verbindlichkeit der Entschädigung des Pächters für den entbehrten Nutzen. Für einen pränumerirten Pachtschilling kann derselbe jedoch nur als Gläubiger sein Recht geltend machen, und zwar, was das Vorzugsrecht betrifft, nach Beschaffenheit der sich durch Hypothekbestellung oder etwa sonst verschafften Sicherheit v). Der Concurs über das Vermögen des Pächters entbindet den Verpächter und die Gläubiger von der Fortsetzung des Pachts w).

## §. 129.

### Besondere Verpflichtungen und Rechte.

#### A) des Verpächters.

Hieher gehört 1) die Verbindlichkeit a) der vollständigen Uebergabe der erpachteten Sache sammt Zugehör nach Inhalt des Vertrags, so wie b) deren Erhaltung in dem Zustande, daß davon der Pächter den vertragsmäßigen Nutzen ziehen kann. Hieraus folgt denn weiter 2) die Verpflichtung zur Gewährleistung theils in Beziehung auf die Tüchtigkeit der Sache, theils was die Eviction betrifft. Ist also dem Pächter die Sache in einem schadhaften oder ruinosen Zustand übergeben worden, und er hat sie nicht wissentlich in dieser Beschaffenheit übernommen, also ein im Culturstande herabgekommenes Gut (eben deshalb zu einem desto billigern Preis) gepachtet, oder wird er durch einen Dritten ohne eigene Verschuldung, auch nicht durch ein in seiner Person allein liegendes Hinderniß, an der gehörigen Benutzung verhindert, so kann er deshalb Vertretung for-

v) Mein Handb. der freiw. Ger. II. Seite 90. 3.

w) Boehmer in elect. jur. civ. T. I. n. 11.

dern. Ferner liegt 3) dem Verpächter die Tragung der auf dem Pachtobject haftenden Lasten und Abgaben ob, da sie ihn als Eigenthümer treffen, vorausgesetzt, wie überall, daß im Pachtvertrage nichts anderes bedungen worden. Abgaben und Lasten, welche bloß die Früchte treffen, wie der Zehnten, fallen dem Pächter zur Last *x*). 4) Auch die Remissionspflichtigkeit des Verpächters gründet sich auf den Rechtssatz ad 1 b. Wird nämlich der Pächter durch unabwendbare höhere Gewalt, oder durch einen nicht in seiner Person sich ereignenden Zufall auf ein oder mehrere Jahre am Gebrauch der Sache gänzlich verhindert, oder wird durch ausserordentliche Unglücksfälle der gewöhnliche Ertrag des Guts beträchtlich vermindert, so kann er auf diese Zeit des gänzlich verhinderten oder geschmälerten Gebrauchs, im erstern Falle gänzlichen, im letztern verhältnißmäßigen Erlaß am Pachtgelde fordern. Man nimmt nämlich als Grundsatz an, das Pachtgeld könne nicht mehr betragen, als der Reinertrag des Pachtstücks durch alle Rubriken beträgt. Den desfallsigen Anspruch muß aber der Pächter durch Vorlegung einer gehörig belegten Wirthschaftsrechnung begründen. Bei einem auf mehrere Jahre gegen eine Pachtschillingssumme eingegangenen Pacht muß er übrigens den reichlichern Ertrag der übrigen Jahre mit in Einnahme bringen *y*). Er ist auch verbunden, von einem zur Remißforderung nach seiner Meinung geeigneten Unglücksfalle dem Verpächter unverzüglich Nachricht zu geben. Immer wird vorausgesetzt,

---

*x*) L. 13. de impens. in res dot. (25, 1.) L. 28. X. de decimis (3, 30.)

*y*) L. 15. §. 2. L. 19. §. 6. L. 25. §. 2. D. L. 8. C. h. t. Glück a. a. O. S. 464 ff. Kind quaest. for. Tom. II. cap. 53.

Digitized by Google

daß der Schade in ungewöhnlichen Ereigniſſen von auſſen, nicht in der Sache ſelbſt ſeinen Grund habe *z*). Wer Wieſen pachtet, die der Ueberſchwemmung ausgeſetzt ſind, wird ſchon bei Stipulation des Pachtgeldes auf dieſe Beſchaffenheit Rückſicht genommen haben. Hat er es aber nicht gethan, ſo kann er für den Schaden keine Vergütung fordern, dem er ſich durch eigenes Verſehen ausgeſetzt hat. Der Schade darf auch nicht an ſchon geärnteten Früchten ſich ereignet haben; denn dieſer trifft den Pächter, welcher durch die fructuum perceptio Eigenthümer geworden. Es werden aber die Früchte für percipirt erſt dann angenommen, wenn ſie unter Dach gebracht ſind *a*). 5) Der Verpächter muß auch dem Pächter den zum Beſten der Subſtanz der gepachteten Sache gemachten Aufwand erſetzen. Es wird aber unterſchieden zwiſchen Erhaltungskoſten (impensae necessariae), Verbeſſerungskoſten (impensae utiles), und bloß zierenden oder zur Bequemlichkeit dienenden (impensae voluptuariae). Die erſten kann der Pächter ſchlechthin fordern, die zweiten ſofern bei Beendigung der Pachtzeit der Nutzen noch vorhanden iſt, und der Verpächter auſſerdem ungebührlich bereichert werden würde; zum Erſatz der dritten beſteht für den Verpächter keine Verbindlichkeit; der Pächter kann daher ſelbige nur unſchädlich wegnehmen *b*).

---

*z*) L. 15. §. 2, 5. h. t.

*a*) Strube's rechtl. Bed. I. n. 95. Wernher T. II. Part. VI. obs. 414. Mehreres hierüber beſonders in Betreff der Remiß- und Entſchädigungsforderungen wegen Kriegslaſten ſ. Hagemann a. a. O. §. 377. Glück's Comm. XVII. S. 395 ff. auch mein Hdbuch a. a. O. §. 160 ff.

*b*) Tit. D. impens. in res dot. L. 55. §. 1. L. 61. pr. L. 19. §. 4. h. t.

Digitized by Google

Wenn übrigens im Pachtvertrage dießfalls etwas anderes bestimmt, namentlich ausgemacht ist, daß der Verpächter keine Art der Verbesserung, die nicht mit seiner Zustimmung erfolgt, anzuerkennen habe, so versteht es sich von selbst, daß es dabei das Verbleiben hat.

Dagegen hat der Verpächter in gewissen Fällen das Recht, vor Ablauf der bedungenen Zeit von dem Pachtvertrage zurückzutreten. Man rechnet hieher I. den Fall des eigenen dringenden Bedürfnisses der Sache, oder auch eines nothwendigen Bau- oder Reparatur-Unternehmens, welches neben der Fortsetzung des Vertrags nicht wohl zu realisiren wäre. Daß diese Befugniß in Ansehung vermietheter Gebäude dem Vermiether vorbehalten ist, gilt als ausgemacht; anders was den Verpächter fruchttragender Sachen betrifft c). Hier dürfte auch der Fall dieser superveniens necessitas wohl selten eintreten; doch als unmöglich kann er nicht angenommen werden, und dann muß eben das richterliche Ermessen entscheiden: α) ob wirklich ein solcher Fall eintrete und β) ob nicht, namentlich bei Bauten und Reparaturen, deren ungeachtet die Pachtung fortgesetzt werden könne, wenn sie der Pächter fortsetzen will, ohne die Lage des Verpächters dadurch zu verschlimmern z. B. durch große Entschädigungsansprüche. Wenn der Eisgang das Wehr der verpachteten Mühle zerstört hat, so wird dem Pächter an der Fortsetzung der Pachtung, da er nicht mahlen kann, wohl selbst nichts gelegen seyn, wenigstens so lange die Herstellung nicht erfolgt ist. Dagegen wird das Abbrennen eines einzigen Oeconomiegebäudes wohl kein Grund werden, die Pachtung des Landguts aufzuheben. Eben so wenig kann den Verpächter von Wiesen mit künstlicher Bewässerung durch ein Schöpfrad der

c) Glück XVII. S. 374.

Umstand zur Aufhebung der Pachtung berechtigen, daß er die zerstörte Maschine wieder herstellen muß. Der Pächter kann zwar für jetzt nicht wässern, aber er wird wohl bis zur Herstellung schon warten, wenn es der Eigenthümer nur nicht zu lang macht.

Ein weiterer Grund zur Aufhebung der Pachtung vor Ablauf der bedungenen Zeit ist II. wenn ein Grund zur Expulsion eintritt. Dieß ist der Fall, wenn der Verpächter a) sich einer übeln Wirthschaft, wodurch nach dem Urtheile Sachverständiger die Substanz und somit auch der künftige Nutzen des Pachtstücks gefährdet wird, schuldig macht *d*), oder b) wenn er zwei unmittelbar auf einander folgende Jahre hindurch das Pachtgeld nicht bezahlt *e*). Sind kürzere Fristen z. B. Semestralzahlungen bedungen, so wird die mora hiernach berechnet und also schon der Rückstand Eines Jahres, folglich zweier Halbjahrs-Fristen, für hinreichend angenommen *f*). Dieß scheint schon darum den Verhältnissen und der Billigkeit angemessen, weil den Verpächter, der sich vielleicht diese abgekürzten Fristen, wegen Wichtigkeit der Pachtung und des eben deshalb hoch gesetzten Pachtschillings bedungen hat, sehr daran liegen muß, daß nicht eine zu große Schuld anschwelle. In einem solchen Fall wird indessen wahrscheinlich schon im Pachtvertrage das Nöthige vorgesehen seyn. — Uebrigens steht dem Verpächter niemals die Befugniß der eigenmächtigen Austreibung des Pächters (wohin die in manchen Gegenden mißbrauchsweise übliche Aushebung der Thüren und Fenster gehört) selbst dann nicht zu, wenn selbige ihm im Pachtvertrag eingeräumt wäre (pactum de ingrediendo); die desfallsige Clausel hat vielmehr

*d*) L. 3. C. h. t. *e*) L. 55. §. 2. L. 56. D. h. t.
*f*) Boehmer de act. S. II. cap. 8. §. 103.

Digitized by Google

nur die Wirkung, daß der Verpächter darauf executivisch klagen und ein mandatum de expellendo extrahiren kann *g*). Der Verpächter hat das Zurückbehaltungsrecht auf die invecta et illata des Pächters *h*), so wie eine stillschweigende Hypothek rücksichtlich der auf der erpachteten Sache erbauten Früchte *i*) nicht auf das Eingebrachte, dergleichen nur dem Vermiether zusteht *k*).

## §. 130.

### B) des Pächters.

Zu den Verbindlichkeiten des Pächters gehört 1) vor allen die gehörige Bezahlung des Pachtgeldes, wofür, wenn nichts anderes bedungen worden, das Ende des Wirthschaftsjahrs als Termin gilt; 2) die Verbindlichkeit der wirthschaftlichen Benützung, namentlich die Enthaltung von allen willkührlichen und eigenmächtigen Veränderungen an der Substanz z. B. durch Umbrechung der Wiesen und Verwandelung in Aecker, (er darf faciem rei nicht verändern). Eben so wenig darf er die Mittel der Cultur vernachlässigen, kein Stroh, noch weniger Dünger verkaufen ꝛc., er muß auch den Viehstand in gehöriger Vollständigkeit erhalten. 3) Vor Ablauf der Pachtzeit darf der Pächter die Pachtung nicht verlassen; es wäre denn daß Umstände einträten, die den ruhigen Gebrauch der Sache nicht länger gestat-

---

*g*) Cramer in obs. II. obs. 558. Boehmer l. c. c. 4. §. 38. c. 8. §. 105. Claproth's summ. Proc. §. 9. n. XXVII.

*h*) L. 9. D. in quibus causis pignus etc. tacite (20, 2.) L. 1. pr. et §. 1. 4. D. de migrando (43, 32.)

*i*) L. 7. pr. D. in quibus causis pignus.

*k*) L. 4. pr. D. eod.

ten *l*). Doch hat er auch in diesem Falle dem Verpächter so zeitig als möglich von seinem Entschlusse Kenntniß zu geben *m*). 4) Er muß die erpachtete Sache nach beendigter Pachtung cum omni causa zurückgeben. Selbst die Einrede des ihm an der Sache zustehenden Eigenthums kann ihn von den Folgen der verzögerten Rückgabe, namentlich der Strafe der Selbsthülfe (§. 64), nicht befreien; denn er soll restituiren und dann sein Recht klagbar verfolgen *n*). Nur wenn sein Anspruch sofort liquid erscheint, muß er damit vor der Rückgabe gehört werden *o*); so wie ihm auch wegen seiner Ansprüche aus dem Contract namentlich wegen seiner Meliorationsforderungen ein Retentionsrecht zusteht *p*). Diese Rückgewähr muß in dem Zustand erfolgen, wie er die Sache überkommen hat, sowohl rücksichtlich der Hauptsache als des Culturzustandes und des Inventariums. Nur für den durch den rechtlichen Gebrauch verminderten Werth liegt ihm keine Haftung ob *q*).

Zu den Rechten des Pächters gehört, im Fall nicht durch Vertrag etwas anderes bestimmt ist, auch die Befugniß der Afterverpachtung, wodurch übrigens nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Afterverpächter und Afterpächter entsteht.

---

*l*) L. 25. §. 2. L. 27. §. I. L. 28. h. t.

*m*) Hagemann a. a. O. §. 377. Note 6.

*n*) L. 25. C. h. t.

*o*) Mev. Decis. II. 263. III. 302. Glück XVII. Seite 498.

*p*) Stryk in U. M. ad h. t. §. 78. Lauterbach coll. th. pr. h. t. §. 103.

*q*) L. 10. pr. D. commodati (13, 6.) Mein Handb. a. a. O. S. 86.

Digitized by Google

## §. 131.

### Klagen.

Um die aus dem Pachtcontract und den allenfallsigen Nebenverträgen entstehenden Forderungen vor Gericht geltend zu machen, dienen die actio locati und die actio conducti, jene dem Verpächter gegen den Pächter, diese dem letztern gegen den erstern. Der Grund bei jeder dieser Klagen ist der Pachtcontract, und das Gesuch geht im Allgemeinen auf Erfüllung der daraus entstehenden Verpflichtungen, wornach sich denn nach Verschiedenheit der letztern, und der Art und Weise ihrer Verletzung das Gesuch modificirt, also

A) bei der actio locati:

1) wenn auf Bezahlung des Pachtschillings geklagt wird:

daß Beklagter den unberichtigt gelassenen Pachtschilling mit 450 fl. sammt den Verzugszinsen zu 5 Prozent von Martini v. Js. an binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Execution zu bezahlen schuldig.

2) Bei der Klage auf Rückgewähr nach beendigter Pachtzeit:

daß Beklagter die Rückgewähr vertragsmäßig und nach Inhalt der gefertigten Inventarien binnen . . . . zu leisten, und alle durch seine Verzögerung verursachte Schäden und Kosten zu erstatten schuldig;

oder im Wege des etwa eingeschlagenen Mandatsprozesses:

daß dem Imploraten die ungesäumte Räumung des erpachteten Guts mit Rückgewähr des ihm übergebenen Inventariums in der pachtcontractmäßig erhaltenen Beschaffenheit cum omni causa durch ein unbedingtes Mandat bei Vermeidung der Exmission aufzugeben ꝛc.

Digitized by Google

3) Wegen unvollständiger Rückgewähr:

daß Bekl. die nach dem beiliegenden Verzeichniß nicht zurückgewährten Inventarienstücke entweder in Natur herauszugeben, oder dafür den angesetzten Taxwerth zu erstatten schuldig.

4) In Expulsionsfällen, a) wegen Mißbrauchs des Pachtfundus durch schädliche Wirthschaft:

daß Bekl. das von dem Kläger erpachtete Gut bis nächst bevorstehende Lichtmeß zu räumen schuldig, bei seinem Abtreten aber alle vertragsmäßige Verbindlichkeiten durch Bezahlung des Pachtschillings mit . . fl., dann vollständige Rückgewähr des Guts sammt Zugehör zu erfüllen, auch für den angerichteten Schaden Ersatz zu leisten verbunden.

b) wegen 2 Jahre nicht bezahlten Pachtgeldes:

daß Beklagter den seit . . . in Rückstand gelassenen Pachtschilling binnen . . . zu bezahlen, zugleich aber, wegen des hierdurch verwirkten Rechts des fernern Bleibens als Pächter, das erpachtete Gut in gleicher Frist zu räumen schuldig, wobei sich Kläger alle seine vertragsmäßigen und gesetzlichen Pfand- und Retentions-Rechte vorbehält.

Ueberall wo bei einer solchen ausserordentlichen Räumungsverbindlichkeit der etwaigen Schadensersatz-Ansprüche wegen weitaussehende Erörterungen zu erwarten sind, ist es nicht rathsam, diese Ansprüche zugleich mit einzuklagen, und durch die hiedurch entstehenden Verwickelungen den Hauptzweck des Verpächters, baldmöglichst des ihm so schädlichen Subjects los zu werden, selbst zu verzögern. Er wird daher wohl thun, sich seine Ansprüche nur vorzubehalten, vor allen aber die Expulsion des Pächters zu bewirken. Ist ihm eine hinlängliche Caution bestellt, so hat die Sache kein Bedenken, ausserdem muß er von seinem Retentions- und Pfandrecht

Digitized by Google

gehörig Gebrauch machen, und in der letztern Beziehung allenfalls das int. salvianum (§. 126.) mit der Klage auf Expulsion verbinden, also das Petitum dahin richten:

daß Beklagter ꝛc. ꝛc. (wie oben ad 4. a.) — verbunden, dessen förmliche Liquidation und Geltendmachung sich jedoch der Kläger noch vorbehält, zu dem Ende aber weiter darauf anträgt: in den Besitz der ihm in dem Pachtvertrag ausdrücklich pfandweise verschriebenen invecta et illata, so wie der vorhandenen Früchte gesetzt zu werden, bis er wegen aller seiner Forderungen vollständig befriedigt seyn wird.

### B) bei der actio conducti:

1) auf Uebergabe der erpachteten Sache:

daß beklagter Verpächter die vertragsmäßige Uebergabe binnen . . zu leisten, auch alle durch die bisherige Verzögerung dem klagenden Pächter verursachte Schäden und Kosten zu erstatten schuldig.

2) auf Gewährleistung:

daß Bekl. das libellirtermassen unvollständig übergebene Inventarium binnen kurzer Frist zu ergänzen, auch alle durch die Verzögerung ꝛc. ꝛc. — oder: daß er den an der Wiese bei der Regnitz schon vor der Uebergabe entstandenen Wasserriß seinem Versprechen gemäß unverzüglich wiederherstellen zu lassen ꝛc. — oder: daß er für die entzogene Wässerung die Gewährschaft zu leisten, mithin selbige entweder dem Kläger wie zuvor zu verschaffen, oder für die hiedurch entgangenen Nutzungen das durch Sachverständige zu ermäßigende Interesse zu vergüten ꝛc. schuldig.

3) Bei Meliorations-Ansprüchen:

daß der Beklagte die bei der Rückgewähr des von ihm in Pacht gehabten Gutes dem Kläger nicht vergüteten, während

während der Pachtung in das Gut verwendeten Meliorationskosten, die in der Beilage sub signo ⊙ specificirt und auf 89 fl. 15 kr. berechnet sind, binnen 14 Tagen zu erstatten schuldig.

Da dem Pächter in diesem Fall ein Retentionsrecht zusteht (§. 130, 4.), so kann er davon wenigstens vor der vollständigen Rückgewähr exceptionsweise gegen die a. locati Gebrauch machen.

## §. 132.

### Sonstige dem Verpächter und Pächter zustehende Klagen.

Ausser der actio locati und conducti dienen noch einige andere Klagen, als: 1) die Hypothekarklage und das interd. salvianum dem Verpächter bezüglich auf die Früchte kraft des stillschweigenden Pfandrechts daran (§. 129. a. E.), oder auch bezüglich auf das Eingebrachte des Pächters, wenn darauf ausdrücklich Hypothek bestellt worden. Dem Pächter steht die Hyp. Klage zu, wenn er sich namentlich für das pactum de non alienando eine Hypothek auf das Pachtstück hat bestellen lassen. — 2) Im Falle des Verkaufs kann sich der Käufer gegen den Pächter, wenn dieser nicht weichen will, a) der Reivindication, so fern die Uebergabe an ihn auf den Grund des Kaufs schon erfolgt ist (§. 128. 9.), ausserdem b) der condictio ex l. 9. C. de locato, oder auch c) Namens des Verpächters des int. unde vi oder der Spolienklage bedienen, indem die Weigerung des Pächters, von dem Gute abzutreten, vorausgesetzt, daß er sonst dazu rechtlich verpflichtet ist, als eine an dem verpachtenden Eigenthümer begangene gewaltsame Besitzentsetzung angesehen wird. — 3) Von dem interdictum de migran-

do, wegen ungebührlicher Zurückhaltung der Sachen des Conductors, zu dem Zwecke:

dem Beklagten bei Strafe zu befehlen, dem Kläger in dem freien Abzuge mit seinen Habseligkeiten kein Hinderniß in den Weg zu legen,

kann nur der Miether einer Wohnung (inquilinus) unter den gesetzlichen Voraussetzungen Gebrauch machen, nicht der Pächter oder colonus r), und auch jener wird h. z. T. ohne sein Recht gerichtlich verfolgen zu müssen, Schutz und Hülfe dafür auch bei der Polizei finden.

## §. 133.

### Klagen aus dem s. g. Altentheil oder der bäuerlichen Leibzucht s).

Von dem rechtlichen Institut des Altentheils ist bereits oben (§. 108.), besonders in Beziehung auf seine dingliche Eigenschaft, bei Darstellung der Reallasten Erwähnung geschehen. Hier soll dasselbe in Rücksicht auf seinen Zweck und seine Entstehungsart als Rechtsgeschäft näher betrachtet werden; denn es kommt im landwirthschaftlichen Verkehr vornämlich bei dem Wechsel des Grundbesitzthums überaus häufig zur Sprache und gibt zu mancherlei Irrungen und Streitigkeiten Anlaß. Unter diesem in ganz Deutschland bei dem Landvolke vom Bauer- und gemeinen Professionistenstande t), besonders

---

r) Tit. D. de migrando (43, 32.)

s) Ueber dieses Institut vergl. C. L. Runde die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauergütern. Oldenburg 1805. 8. und die daselbst angeführten Rechtsquellen Seite 42 — 267. und Literatur S. 276 ff.

t) Daß das Institut nicht auf den eigentlichen Bauerstand

soweit die zu dem letztern gerechnet werdenden Staatsangehörigen wenigstens nebenbei Ackerwirthschaft treiben, sehr bekannten Institut des Altentheils, auch Austrag, Auszug, Ausnahme, Leibzucht ꝛc. genannt u) begreift man die Vortheile, welche dem Besitzer eines bäuerlichen Anwesens bei seinem — wegen Alters oder sonstigen Unvermögens, der Wirthschaft ferner vorzustehen, erfolgenden — Abtreten von dem Nachfolger zum lebenslänglichen Unterhalte gewährt werden. Worin diese alimentarischen Vortheile im Allgemeinen bestehen, ist bereits oben (§. 108.) erinnert worden. Der Empfänger ist der bisherige Besitzer der bäuerlichen Stelle, welcher wegen Alters oder Gebrechlichkeit, oder auch weil er es sonst seiner Convenienz gemäß findet, sein Besitzthum, gewöhnlich an eines seiner zur Uebernahme fähigen Kinder, in der Regel an einen Sohn, abtritt, („er gibt auf") und sich zu seiner und seiner Frau lebenslänglichen v) Versorgung, neben den sonstigen als Preis der Ueberlassung gemachten Bedingungen, den Altentheil stipuliren läßt. Dieser besteht denn in gewissen, nach Art

allein beschränkt ist, ist schon oben §. 107. Note h erinnert worden. Vergl. auch Runde a. a. O. Th. I. §. 2. u. J. G. Klingner's Sammll. zum Dorf- und Bauernrecht Thl. I. Seite 153.

u) Ueber die weitern verschiedenen Bezeichnungen kann Runde Seite 268. nachgesehen werden, von welchen übrigens der Name Altentheil die ursprüngliche Sitte noch am meisten bezeichnet.

v) Eine anderweite Versorgung durch Heirath hebt den Altentheil nicht auf, wo nicht Verträge oder Statutarrechte ein Anderes bestimmen. Eisenberg's und Stengel's Beiträge zur Kenntniß der Justizverfass. in den preuß. Staaten IV. Bd. S. 121. Doch darf auch dadurch die Last des Verpflichteten nicht erschwert werden.

und Betrag genau bestimmten, und fristenweise oder auch nach dem täglichen Bedürfniß der Berechtigten abzureichenden Vortheilen, meist in einer Quantität auf dem Gute gewonnener Getreid- und sonstiger Früchte (Korn, Weitzen, Fleisch, Schmalz, Milch ꝛc.), auch in andern Utilitäten: Holz und Licht, Reinigung der Wäsche u. d. gl. Damit pflegt zugleich die lebenslänglich freie Wohnung, bisweilen auch der Genuß eines Feldstücks verbunden zu seyn. Gewöhnlich geschieht es, daß die Früchte und sonstigen zur eigentlichen Leibesnahrung bestimmten Reichnisse nur eventuell stipulirt werden, wenn die Altsitzer nicht mit dem Gutsübernehmer über Tisch essen, (im Fall sie sich mit einander nicht in Güte vertragen"), also ihren eigenen Haushalt anrichten müssen. Auch für die Wohnung wird, wenn die Altsitzer etwa wegen Unverträglichkeit auszuziehen genöthigt sind, eine Geldentschädigung festgesetzt. Sofern dieser Altentheil in theilbaren Gegenständen besteht, fällt derselbe in der Regel mit dem Ableben des Einen der berechtigten Eheleute zur Hälfte weg. Ist bei käuflicher Abtretung des Guts etwa wegen vieler Schulden der dem Verkäufer zur Disposition verbleibende baare Kaufpreis so gering, daß er demselben die Mittel zur Bestreitung seiner, ausser der Leibesnahrung und Wohnung für ihn eintretenden, Bedürfnisse nicht gewährt, so werden auch wohl kleine Geldreichnisse dem Altentheil zugelegt. Ordentlicher Weise sind aber dazu die, unter dem Namen Fristen oder Zielfristen ausser der „baaren Angabe" regulirten, unverzinslichen Kaufgelder-Terminalzahlungen bestimmt. — Dieß ist nun der Altentheil, wofür die Empfänger weiter nichts zu leisten haben, wenn es schon nicht selten ist, daß sie dem Gutsübernehmer nach ihren Kräften Handreichung zu thun versprechen, was jedoch dann in einer Fassung zugesagt

wird, welche die Natur des bloßen guten Willens nicht verkennen läßt, wofür auch die Zusage eigentlich nur gelten soll.

Hie und da geschieht es auch, daß der Gutsübernehmer zum Besten seiner Geschwister Verpflichtungen übernimmt, die jedoch weder nach dem Wortbegriffe noch nach dem eigentlichen Zwecke die Natur des Altentheils haben. Er verspricht z. B. seinem blinden Bruder, seiner blödsinnigen Schwester den lebenslänglichen Aufenthalt zu gestatten, sie unentgeldlich zu verpflegen und dereinst auf seine Kosten zur Erde zu bestatten, („sie lebendig und todt zu versorgen"). Dieses Versprechen hat die Natur eines Leibrentenvertrags, und es wird auch dem Gutsübernehmer dafür gewöhnlich das s. g. Erb- oder Heirathsgut dieser Unglücklichen unverzinslich, nach Gelegenheit auch wohl zur dereinstigen Beerbung zugesichert. Die Realeigenschaft hat diese Verpflichtung des Gutsbesitzers gleichwie der Altentheil theils an und für sich, sofern das Recht dazu in der freien Wohnung besteht, theils durch Hypothekbestellung. In beiderlei Beziehung muß da, wo Hypothekenbücher eingeführt sind, die Eintragung auf das damit belastete Gut erfolgen.

In der Regel ist es also ein Kaufcontract, dem der Leibzuchtsvertrag als pactum adjectum beigefügt wird, indem die Leistung als ein Theil des Kaufpreises erscheint *w*). Dem Uebernehmer wird nämlich das Besitzthum überhaupt nach einem billigen Preisanschlag überlassen, und auch dieser nach dem ungefähren Betrag und der wahrscheinlichen Dauer der Ausnahme moderirt. Der Contract ist im wesentlichen ungefähr folgenden Inhalts: Es verkauft der Bauer Hans mit Einwilligung seiner

*w*) Kind quaest. Tom. II. cap. 5. p. 30.

Ehefrau an seinen Sohn Jacob seinen Hof Num. 2. sammt Zugehörungen mit Dreingabe von ꝛc. ꝛc. (Mobiliar-Beilaß) für die Summe von 6000 fl. Der Kaufschilling soll folgendermassen berichtigt werden;

3000 fl. bezahlt der Käufer mit dem auf dem Hofe hypothekar haftenden Darlehens-Kapital des Kaufmanns E. zu N. sammt den Zinsen zu 4¼ v. H. von Lichtmeß 1833. an,

600 fl. darf er für sein Heirathsgut (abschläglich seines künftigen Erbguts) abziehen;

1200 fl. hat er für dergleichen Heirathsgüter an seine beiden Schwestern Anna und Christina bei deren Verheirathung zu bezahlen, und bis sie aus dem älterlichen Brode gehen, den Aeltern mit 3, sodann aber jenen mit 4 v. H. zu verzinsen;

800 fl. lassen die verkaufenden Aeltern als ein zu 3 Prozent verzinsliches Darlehen gegen vierteljährige Aufkündigung stehen;

400 fl. werden in jährlichen unverzinslichen Fristen zu 25 fl. — die erste an Lichtmeß 1834 — bezahlt.

---

6000 fl. Sa. Der Kaufgelderrückstand soll in das H. B. eingetragen werden. — Ferner haben sich die verkaufenden Aeltern folgende, ebenfalls in das H. B. einzutragende, lebenslängliche Ausnahme vom 1. Febr. d. Js. an, wo die Uebergabe des Hofs erfolgt, vorbehalten: I. die freie Wohnung in der obern Stube ꝛc. ꝛc. sammt freier Beheitzung und Beleuchtung (vulgo: den holz- und lichtfreien Winkel in . . .); II. die unentgeldliche Kost am Tische des Käufers, oder statt derselben, wenn sie sich mit ihm nicht sollten vertragen können, III. jährlich 1) 1½ Sra Korn, 2) 1 Sra Weitzen, 3) 100 Pfund Schweinfleisch ꝛc. — 8) wöchentlich 2 Maß Milch ꝛc. — 15) die Benutzung von dem halben Krautbeet hinter dem Sta-

del ꝛc. — Die Reichnisse ad III. fallen zur Hälfte weg, wenn eines von den Aeltern mit Tod abgeht.

Es leuchtet ein, daß es an dem Wesen dieses Geschäfts als Kauf, dem das Pactum des Altentheils angehängt ist, nichts ändert, daß der Sohn Jacob auch ausserdem etwa künftig titulo universali als Erbe oder als Miterbe vor seinen Schwestern das Gut überkommen kann. Hier hat er es kaufsweise, als successor singularis adquirirt. Daraus erhellet auch, daß wenigstens das heutige Wesen unsers Altentheils-Instituts nicht mehr, oder doch nicht unbedingt aus dem Gesichtspunkt einer anticipirten Erbschaft betrachtet werden kann. Die bei dem Geschäft zugleich etwa regulirte Erbfolge ist höchstens ein naturale, keineswegs ein essentiale negotii. In dem erst gegebenen Beispiele haben die Kinder des alten Hans allerdings ihre älterliche Erbschaft anticipirt, oder richtiger zu reden, in Abschlag derselben jedes 600 fl. zum voraus erhalten. Aber so wie damit die künftige eigentliche successio in omne jus der Aeltern nicht ausgeschlossen ist *), so war es ja den verkaufenden Aeltern unbeschadet der Natur des Geschäfts hier unverwehrt, den ganzen Kaufschilling sich auf Lebenszeit vorzubehalten, wie auch wohl geschieht, zumal wenn viele Schulden vorhanden sind, und

*) Dieß würde nur der Fall seyn, wenn sie zugleich mittelst oder nach Art einer s. g. Todtheilung des älterlichen Vermögens gänzlich abgefunden worden wären, wozu aber hier kein Grund vorhanden ist, da dergleichen gänzliche „Wegrichtung" der Kinder, oder das Geschäft, welches auch Grundtheilung genannt wird, nur dann gewöhnlich ist, wenn ein Wittwer oder eine Wittwe zur weitern Ehe schreiten und zum Besten der neuen Erben freie Hand sich erhalten will. Meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter Th. II. §. 534.

das Wenige, das etwa auf die Kinder dereinst treffen mag, von Zufällen, besonders den eigenen Bedürfnissen der Aeltern abhängen kann. Ein Zwang, sich bei lebendigem Leibe beerben zu lassen, ist ohnehin in Deutschland heut zu Tage wenigstens so unbekannt, als er es in Rom war. Uebrigens hat die Idee von einer Erbschaft so wenig Einfluß auf die Natur und rechtlichen Wirkungen des Altentheils-Instituts, daß schon darum kein Nutzen davon für die Theorie desselben einzusehen ist. Kommt dergleichen bei einem Kaufcontracte vor, was wenigstens als Regel anzunehmen, so theilt dieser Nebenvertrag das Schicksal des Hauptgeschäfts auch in Beziehung auf die Klagen, wenigstens die persönlichen. Daß sich die Idee von einer anticipirten Erbtheilung bei einer Gutsabtretung mit Altentheil, wie sehr sie deutschursittlich gegründet, daher auch in manche Statuten übergegangen ist, im practischen Leben je mehr und mehr verloren hat, ist unverkennbar. Man pflegt selbst da, wo ein Miterbe das Gut von dem Erbsconsortium übernimmt, ja selbst da, wo der Interimswirth vom Gute abtritt, und sich auf den Altentheil begibt, von einer verkäuflichen Ueberlassung zu sprechen. Der Grund liegt wohl auch darin, daß nach dem gestiegenen Güterwerthe in den allermeisten Fällen der Erwerbung unter einem lästigen Titel, dergleichen ja in ihrer Art auch bei der Erbtheilung eintritt, das was der Uebernehmer baar zu zahlen hat, die Hauptsache ausmacht, der Altentheil aber als der geringere Theil des Preises erscheint.

## §. 134.

### Fortsetzung. Verschiedene Successionsfälle ausser verkäuflichen Abtretungen.

Ist es indessen nach der bisherigen Ausführung

gleich als Regel anzunehmen, daß die Altentheilsregulirung heut zu Tage gewöhnlich ein Accessorium der verkäuflichen Abtretung eines bäuerlichen Anwesens an Kinder oder sonstige nächste Erben ist, so ist man doch weit entfernt, die Erscheinung auch unter andern Geschäftsformen in Abrede zu stellen. So wie es nämlich keineswegs an partikulargesetzlichen Bestimmungen in Deutschland fehlt, wornach die Leibzucht sowohl in Ansehung der Frage: ob und wann sie einzutreten habe? als rücksichtlich ihrer qualitativen und quantitativen Verhältnisse nicht schlechthin, besonders im Colonatnexus, von der Willkühr des Gutsbesitzers und des neuen Erwerbers abhängt, sondern an gewisse gesetzliche Normen gebunden ist, — gesetzliche Leibzucht y) — so lassen sich überhaupt folgende Fälle der Succession im Besitz eines Bauerguts annehmen. 1) Der Bauer stirbt, ehe er dazu kommt, sein Gut abzutreten, und hinterläßt bloß Kinder oder andere Erben. Hier ist der Natur der Sache nach von keinem Altentheil die Rede, und die Verlassenschaft, mithin auch das dazu gehörige Gut, wird, wenn weder Vertrag noch letztwillige Verordnung etwas anderes bestimmen, nach der gesetzlichen Erbfolge und nach den Grundsätzen von der Theilung in Natur untheilbarer Gegenstände vertheilt. Eben dieses ist — sofern dabei überhaupt eine Theilung zur Sprache kommt, — auch der Fall, 2) wenn er eine Wittwe ohne Kinder hinterläßt, es mag diese allein oder mit seinen Verwandten zur Erbfolge berufen seyn. 3) Hat die Wittwe Kinder, die sie mit ihm erzeugt hat, oder zwar mit einem andern Mann aus früherer Ehe, die er aber für rechte Kinder angenommen hat, so kommt es darauf an, ob die Wittwe bereits so weit in Jahren ist, daß

y) Vergl. Runde II. Th. §. 14 ff.

sie deswegen, oder weil die Kinder wenigstens zum Theil schon so herangewachsen sind, daß die männliche Unterstützung entbehrlich ist, nicht mehr zu heirathen sich veranlaßt findet. In diesem Falle pflegt sie mit den Kindern noch eine Zeit lang fortzuhausen, bis sie es ihrer Convenienz gemäß findet, das Gut an eines der hierzu geeigneten Kinder abzutreten. Bei dieser wiederum in der Form eines Kaufs erfolgenden Abtretung tritt denn zugleich der Vorbehalt eines Altentheils für sie ein. Hat der verstorbene Ehemann durch eine rechtsbeständige letztwillige Disposition wegen des Güterübernehmers und der Bedingungen Anordnungen getroffen, die das durch die Gütergemeinschaft oder durch Ehepacten begründete Recht der Wittwe nicht beeinträchtigen, oder ist das Successionsrecht durch Verträge oder Statuten bestimmt, so versteht es sich von selbst, daß diese Normen bei der Gutsüberlassung zu beobachten sind. — 4) Die Wittwe ist noch jung, die Kinder noch von zartem Alter; hier tritt die Nothwendigkeit einer anderweiten Verheirathung ein. Den Kindern wird ihr Vatergut regulirt, und der neue Ehemann heirathet in der Regel auf eine gewisse Reihe von Jahren ein, während welcher er im Besitze des Guts ist, nach Ablauf dieser Jahre der „Interimswirthschaft“ aber dasselbe an eines der Kinder seines Ehevorfahrs abtritt. Denn die Wittwe darf in der Regel z) bei der anderweiten Verheirathung das

z) Ausnahmen müßten durch ausserordentliche Umstände gerechtfertigt seyn, und als solche gelten: wenn viele noch der Erziehung bedürfende Kinder vorhanden sind und zugleich das gemeinschaftliche Vermögen mit Schulden stark belastet ist; dagegen von dem einheirathenden Mann, wegen guter Vermögensumstände und sonstiger vorzüglicher Eigenschaften, sich ein neuer Aufschwung der Wirth-

Digitized by Google

Gut nicht „verheirathen" d. h. durch Heirath in fremde Hände bringen. Sind nun die Jahre der Interimswirthschaft abgelaufen, so tritt der Stiefvater ab, und erhält mit seiner Frau, der Mutter der Kinder, die in dem Ehevertrag mit derselben bedungene Ausnahme, d. h. die Leibzucht des Interimswirths, von dem Gutsübernehmer, der entweder nach Statutarrechten oder Verträgen schon zum voraus bestimmt ist, oder von den Eheleuten, mit Zustimmung der Miterben und Vormünder und mit Beirath der Verwandten, aus den erbfähigen Kindern gewählt wird. Im letztern Fall hat das Hauptgeschäft wieder die Natur eines Kaufs, weil die hauptsächliche Leistung des Uebernehmers der baare oder durch Eintritt in die Schulden abgetragene Kaufschilling ist, der denn auch den einzigen Fond zur Befriedigung der Erbansprüche der Miterben bildet.

Dem Altentheilsberechtigten stehen folgende Klagen gegen den verpflichteten Gutsbesitzer zu:

1) die persönliche Klage aus dem Rechtsgeschäft, wodurch das Recht des Altentheils bestellt worden;

2) die Hypothekarklage, sofern als die Leistungen hypothekarisch radicirt sind;

3) die confessorische Klage, und zwar directe, wenn der Altentheil in einer Wohnung oder in einem Nießbrauche besteht; utiliter bei Leistungen.

4) Possessorische Rechtsmittel (§. 51.).

---

schaft erwarten läßt, eben deswegen aber auch derselbe nur unter der Bedingung einer dauernden Herrschaft auf dem Gute die Verbindung einzugehen sich bewegen läßt.

Digitized by Google

## II. Klagen aus vertragähnlichen Verhältnissen (quasi ex contractu), namentlich auf Gemeinschafts-Auseinandersetzung.

### §. 135.

#### Von den Theilungsklagen überhaupt.

Auch ausser eigentlichen Verträgen können Verbindlichkeiten entstehen aus rechtlichen Verhältnissen, welche Verträgen ähnlich sind. Eine solche Verbindlichkeit, wobei die Sache so betrachtet wird, als wenn die Betheiligten miteinander contrahirt hätten (quasi contraxissent), entsteht aus der negotiorum gestio, aus der Zahlung einer Nichtschuld, aus der Vormundschaftsführung, aus der Erbschaftsantretung, aus der Verwaltung gemeinschaftlicher Güter. Uns interessirt hier nur die letzte, und die daraus entstehenden Theilungsklagen, sofern als diejenigen von ihnen, die man sich hier besonders zur Aufgabe gemacht hat, hauptsächlich das Grundeigenthum berühren.

Eine Gemeinschaft von Sachen und Rechten kann ausser einem Vertrage (societas) auch durch zufällige Umstände und Ereignisse herbeigeführt, und so unter den Theilhabern ein Rechtsverhältniß ähnlich dem zwischen sociis bewirkt werden. Es kann nämlich eine solche „communio incidens“ entstehen in Beziehung I. auf eine Erbschaft, oder II. auf das Eigenthum an einzelnen Sachen, wozu man auch III. das Verhältniß zwischen Grenznachbarn bei verdunkelten Grenzen aneinander stoßender Grundstücke rechnet, und in gewisser Art rechnen kann, sofern als man das wegen dieser Dunkelheit rücksichtlich des ausschließlichen Anspruchs daran zweifelhafte Object für gemeinschaftlich annimmt.

Digitized by Google

Die Gemeinschaft, welcher immer ein anerkanntes dingliches Recht oder doch ein Civilbesitz (§. 46, 7.) zum Grunde liegen muß *a*), indem, wenn Mehrere bloß ein persönliches Recht an einer Sache haben, z. B. aus einer gemeinschaftlichen Pachtung, daraus keine solche Gemeinschaft entsteht, wegen welcher eine von unsern Theilungsklagen gebraucht werden könnte *b*), — gewährt jedem Genossen die Befugniß, die Theilung oder Auseinandersetzung zu verlangen. Dieß kann denn auch bei der Grenzscheidungsklage bezweckt werden, wenn die Grenzverwirrung so beschaffen ist, daß keiner der Nachbarn („Anstößer") eine bestimmte Scheidungslinie behaupten, also einen gewissen Gegenstand vindicando ansprechen kann. Die Theilungsklage hat aber, nächst dem Anspruch auf Theilung oder Auseinandersetzung, für denjenigen, der den Gegenstand der Gemeinschaft bis jetzt verwaltet oder sonst ausschließlich darüber verfügt hat, auch Verpflichtungen zur Folge, welche Aehnlichkeit mit der aus einer Vertragsgesellschaft haben. Den Anspruch auf Theilung kann jeder der Communionsgenossen, vorausgesetzt daß sein Recht anerkannt ist, gegen Den oder Die, welche der Theilung widersprechen, klagbar geltend machen; ebenso die Erfüllung jener Verpflichtungen. Nach Verschiedenheit des Gegenstandes hat die Klage besondere Namen, als: 1) actio familiae erciscundae (die Erbtheilungsklage), deren Gegenstand eine gemeinschaftliche Erbschaft, 2) actio communi dividundo (die gemeine Theilungsklage), deren Gegenstand das Miteigenthum an einer einzelnen

*a*) L. 4. §. 9. D. fin. reg. (10, 1.)
L. 7. §. 6—10. comm. div. (10, 3.)

*b*) L. 7. §. 11. comm. div.

Digitized by Google

Sache ist, diese sey eine körperliche oder unkörperliche *c*), 3) — wenigstens nach der selbst in den Quellen *d*) gemachten Zusammenstellung mit den beiden andern, — die actio finium regundorum (die Grenzscheidungsklage), die auf Berichtigung streitiger Grenzen geht, es sey von Grundstücken oder auch von Gerechtigkeiten, die sich nach Grund und Boden normiren, z. B. die Jagd-, die Zehentgerechtigkeit, die Jurisdiction. Alle drei Klagen haben gemeinschaftliche Namen, sie heißen

A) Theilungsklagen, judicia divisoria, weil die Theilung des Gegenstandes der Gemeinschaft, wenigstens bei den beiden erstern Klagen gewöhnlich hauptsächlich gefordert wird, wiewohl dieß gerade nicht als wesentliches Erforderniß angesehen werden darf, indem die persönlichen Prästationen, welche mit der Klage zugleich verfolgt zu werden pflegen, auch ohne Antrag auf Theilung, und selbst wenn diese schon geschehen, oder die gemeinschaftliche Sache selbst nicht mehr vorhanden ist, mit dem judicium communi div. utiliter eingeklagt werden können *e*). Sie werden ferner

B) gemischte Klagen (actiones mixtae — §. 21. —) genannt, weil ihnen eine dingliche und persönliche Natur beigelegt wird. Gemischte sind sie indessen nur in Ansehung ihres Gegenstandes, sofern als sie theils auf Theilung, theils auf persönliche Prästationen gehen, nicht in Ansehung ihres Grundes. Denn die Erbschafts-, wie die gemeine Theilungsklage setzt voraus, daß das dingliche Recht des Erben und

---

*c*) Nur Forderungen auf fungible (vertretbare) Sachen sind eigentlich kein Gegenstand der Gemeinschaft; nomina ipso jure divisa sunt. L. 6. C. fam. ercisc. (3, 36.)

*d*) §. 20. J. de act. (4, 6.)

*e*) L. 1. L. 6. §. 1. L. 11. L. 14. §. 1. comm. div. (10, 3.)

Digitized by Google

Gemeinschaftsgenossen ausser Streit, also nicht selbst Zweck der Klage sey *f*). Die Grenzscheidungsklage ist in den Quellen als persönliche benannt, wenn ihr schon dabei die Eigenschaft einer Vindication beigelegt ist *g*), letztere nämlich rücksichtlich des Gegenstandes, sobald derselbe durch die Grenzscheidung als dem Kläger zuständig ermittelt ist. Endlich heißen diese Klagen

C) doppelseitige (judicia duplicia), weil jeder der Gemeinschafts-Genossen und Grenznachbarn Kläger und Beklagter seyn kann (§. 21.) *h*). Rücksichtlich der formellen Behandlung wird indessen derjenige als Kläger angenommen, der zuerst vor Gericht mit dem Theilungsbegehren aufgetreten ist; im Zweifel soll das Loos entscheiden *i*). Im Uebrigen haben besonders die Erbtheilungs- und die gemeine Theilungsklage das Meiste mit einander gemein, auch vieles mit der Grenzscheidungsklage, wie sich aus der nachfolgenden Betrachtung ergeben wird, wobei sich jedoch plangemäß lediglich auf die gemeine Theilungs- und die Grenzscheidungsklage beschränkt werden wird.

## §. 136.

### Die actio communi dividundo.

Der Grund und Zweck dieser Gemeinschaftstheilungs-Klage erhellet aus dem bisher Gesagten; sie findet bei allen Gemeinschaften Statt, die nicht durch Vertrag

*f*) L. 1. §. 2. si pars her. pet. (5, 4.) L. 1. §. 1. L. 36, 37. comm. div,

*g*) Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. L. 1. fin. reg. (10, 1.)

*h*) L. 10. D. fin. reg.

*i*) L. 14. D. de judiciis (5, 1.)

Digitized by Google

entstanden, und deren Gegenstand keine gemeinschaftliche Erbschaft ist, wofür wie gedacht eine eigene Klage besteht. Gegenstand der Gemeinschaft muß eine einzelne Sache seyn, es sey eine körperliche oder unkörperliche, z. B. ein Haus, ein Feldstück, ein Waarenlager, eine Gerechtigkeit, woran dem Kläger das Miteigenthums- oder ein sonstiges dingliches Recht, z. B. der Nießbrauch, ein Pfandrecht *k*) zusteht. Es sind hiebei folgende Grundsätze und Regeln, theils in Beziehung auf die Klage selbst, theils auf die Modalitäten der Theilung zu merken: 1) zur Begründung der Klage gehört, daß das Miteigenthums- oder sonst dingliche Recht von beklagter Seite anerkannt sey. Ist dieses nicht, so kann der Kläger nicht mit der Theilungsklage, sondern er muß mit einer Vindication auftreten. Es ist daher rathsam, wenn der Kläger einen Widerspruch von Seiten des beklagten Theils besorgt, beide Klagen successive zu cumuliren *l*). 2) Ein Vertrag, daß nie getheilt werden solle, ist unverbindlich, steht also auch der Klage nicht als Einrede entgegen, wohl aber kann durch Vertrag oder letztwillige Verordnung bestimmt werden, daß eine gewisse Zeit hindurch nicht getheilt werden solle. 3) Die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft findet auch gegen solche Personen Statt, denen sonst die Veräusserung nicht gestattet ist, z. B. gegen Vormünder. Diese selbst können zwar nicht auf Theilung antragen, aber

*k*) Ueber die Wirksamkeit des Pfandrechts an einer gemeinschaftlichen Sache und die Befugnisse des Gläubigers gegenüber dem Mitteigenthümer seines Schuldners s. Voet ad Lib. X. Tit. 3. §. 1. und Glück XI. S. 124. Preuß. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 69 ff.

*l*) v. Glück XI. S. 121.

aber derselben sich nicht widersetzen *m*). 4) Das Recht auf Theilung anzutragen geht durch Verjährung nicht verloren, es wäre denn, daß das Recht des klagenden Genossen überhaupt nicht anerkannt worden, wo denn durch die Verjährung allerdings das nicht geltend gemachte Theilnahmsrecht erlöschen kann (§. 42, 8.). 5) Die Klage geht nächst der Theilung auch auf Erfüllung der aus der Communion entstandenen Obligationen, namentlich auf Rechnungslegung von Seiten dessen, der die gemeinschaftliche Sache bisher verwaltet hat. Er haftet für diejenige diligentia, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt *n*). Der Beklagte ist dagegen seine Auslagen und Verwendungen auf die gemeinschaftliche Sache in Rechnung zu bringen befugt, und eine Ersatzverbindlichkeit dafür liegt auch denjenigen Theilhabern ob, die sich sonst durch ihre Einwilligung nicht verpflichten können, z. B. Pupillen, Wahnsinnige, indem die Verpflichtung durch die versio in rem begründet ist, (actio ex re venit) *o*). Hat der Theilnehmer, während er seinen Antheil allein hätte besorgen können, zugleich die Angelegenheiten der Andern mitbesorgt, so tritt die negotiorum gestorum actio ein *p*). Konnte er das Geschäft nicht besorgen, ohne zugleich das Interesse des andern Theilhabers mit zu befördern, so concurriren die actio neg. gest. mit der a. comm. div. electiv *q*). Wenn der Verwaltende in der Meinung, daß die ganze Sache ihm gehöre, Auf-

*m*) L. 7. pr. D. de rebus eor. qui sub tut. (27, 9.)

*n*) L. 25. §. 16. fam. ercisc. (10, 2.) L. 20. comm. div.

*o*) L. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

*p*) L. 40. de neg. gest. (3, 5.) Glück XI. S. 150.

*q*) Thibaut System §. 575.

wendungen gemacht hat, so hat er dießfalls nur ein Retentionsrecht *r*). Hat er den Besitz verloren, so kann er sich der a. neg. gest. utiliter bedienen *s*). 6) Die Theilung geschieht nach Verhältniß des Antheils an der gemeinschaftlichen Sache, doch wird im Zweifel angenommen, daß die Antheile gleich sind *t*).

Zu den wichtigsten und einflußreichsten Gemeinschaftstheilungen gehören die Gemeinheitstheilungen oder die Theilung von Gemeindegründen, besonders so weit selbige, wie Weideplätze, Waldungen oder bloße Oedschaften, von den Mitgliedern vorzüglich der Dorfgemeinden bisher gemeinschaftlich benutzt worden, und theils der vortheilhaftern Benutzung für die einzelnen Interessenten, theils der bessern Cultur wegen zur Vertheilung beantragt werden. Es kommt aber dabei weniger auf prozeßmäßige Einleitung in Folge einer Theilungsklage, als auf polizeilich-öconomische Rücksichten an, worauf auch ein eigenthümliches Verfahren berechnet ist, welches nicht sowohl oder doch nicht allein von Gerichten, als vielmehr von eigenen Behörden geleitet wird, und wozu eine bloße Imploration der Theilungslustigen oder ein Gemeindebeschluß die Initiative gibt. Es gilt dabei vornämlich die Fragen: ob überhaupt ge-

---

*r*) L. 14. §. 1. h. t.

*s*) Lauterbach ad pand. h. t. §. 13. num. 2.

*t*) L. 29. pr. pro socio (17, 2.) Ueber die Rechtsverhältnisse der Theilhaber während der Gemeinschaft, besonders was den Besitz, Genuß und die Verfügung darüber betrifft, vergleiche Glück XI. §. 739. und preuß. allgem. L. R. I. Tit. 17. Abschn. 1.; so wie, was das Verfahren bei der Theilung selbst anlangt, Glück §. 738. und mein Handb. in Sachen der freiwill. Gerichtsbarkeit II. Theil 2. Abschn. 6. und 7. Kapitel (2. Ausg.).

theilt werden solle? — welche Frage besonders in Beziehung auf Möglichkeit überhaupt und Zweckmäßigkeit von dem Gutachten sachverständiger Landwirthe oder Forstöconomen abhängig ist; ferner: worin der zur Theilung zu bringende Gegenstand besteht, (Object der Theilung)? Auch die Zahl und Anrechte der Gemeinheitsgenossen, (Subject der Theilung) und der hiernach sich bildende Maßstab der Theilung, so wie die sonstigen Modalitäten derselben sind wesentliche Punkte der Erörterung hiebei. Der Zweck dieser Schrift verstattet kein längeres Verweilen bei diesem, ohnehin weniger im gemeinen Recht als in den Partikularrechten die Normen seiner Behandlung findenden, Gegenstande *u*).

## §. 137.

### Die actio finium regundorum.

Die Grenzscheidungsklage setzt eine zufällig *v*) entstandene Verdunkelung der Grenzen benachbarter Grundstücke oder solcher Gerechtigkeiten voraus, deren Ausübung durch Grund und Boden bedingt ist *w*). Bei

*u*) Mehreres s. in Eichhorn's Einleitung §. 373. und den dort angeführten Schriftstellern und Partikulargesetzen.

*v*) Es braucht keine Erinnerung, daß eine vorsätzliche oder schuldbare Grenzverdunkelung, von deren Urheber man keine Kenntniß erlangen, oder weil sie vor längerer Zeit entstanden, auch nicht ermitteln kann, wie die Markungszeichen beschaffen gewesen, (vorausgesetzt, daß auch der Urheber unbekannt ist) einer zufälligen der Wirkung nach gleich ist.

*w*) Dergleichen Gerechtigkeiten sind daher auch durch bestimmte sinnlich wahrnehmbare Grenzzeichen bezeichnet, es seyen diese natürliche, wie Flüsse, Teiche, Bauwerke (z. B. die Jagd bis zu der Regnitz, die Fischerei von der Neumühle bis zur Alterlanger Brücke) oder

bloßen Gebäuden läßt das R. R. x) diese Klage nicht zu. Entstehen in Ansehung dieser bezüglich auf nothwendige Entfernung von einander, folglich auf die Breite der Zwischenräume oder Winkel und deren gemeinschaftliche oder einseitige Benutzung, oder rücksichtlich des Traufrechts Irrungen zwischen Nachbarn, oder behauptet der Eine, daß der Andere, es sey über die Grenze oder sonst ihm nachtheilig etwas baue oder anrichte, so wird sich, wenn der Streit nicht von Polizeiwegen nach den bestehenden Partikular- und Ortsrechten zu schlichten ist, dabei anderer Klagmittel bedient, als da sind: die Servitutklagen, die operis novi nunciatio, oder das interdictum quod vi aut clam y). Die Grenzscheidungsklage, mit der sowohl der Eigenthümer des durch die Grenzverdunkelung in Berührung kommenden Landes als der Usufructuar und Pfandgläubiger z) als Kläger auftreten kann, setzt vor allen eine Verdunkelung der Grenzen, also eine Ungewißheit rücksichtlich derjenigen Linie voraus, die das Aufhören des einen und den Anfang des andern von zwei benachbarten, bestimmter: sich berührenden, aneinander stoßenden Grundstücken oder Gerechtigkeits-Bezirken bezeichnen sollte. Sie findet daher eigentlich keine Anwendung (wiewohl der gemeinen Praxis nach dieser Unterschied minder sorgfältig beobachtet wird): A) wenn es nur auf Herstellung von Grenz- oder Markzeichen, oder auf deren Erneuerung ankommt, die Grenzscheidung selbst

---

künstliche, besonders Grenz- oder Markſteine, welche hiernach: Jurisdictions-, Jagd-, Hut- ꝛc. Steine heißen.

x) L. 4. §. 10. D. h. t.

y) Hofacker princ. jur. civ. III. §. 3073. n. b.

z) L. 4. §. 9. D. fin. reg.

aber nicht streitig ist. B) Auch wenn aus Mangel an Grenzzeichen eine Ungewißheit rücksichtlich eines Stück Landes entstanden ist, das zwischen den Feldstücken zweier Nachbarn sich befindet, und welches jeder von ihnen als Zugehör seines Grundes behauptet, hat die Klage mehr die Natur einer Reivindication. Weder hier noch dort ist Theilung die Absicht des Klägers; wohl aber kann dieses C) bei wirklich verworrenen Grenzen der Fall seyn. Diese verschiedenen Fälle sollen kürzlich etwas näher betrachtet werden, zumal da hiernach auch die Frage um die Verjährung der Klage beantwortet werden muß. Denn in dem Fall auf B — man pflegt hier die Klage actio fin. regund. qualificata zu nennen *a*) — ist die sonst bei Grenzscheidungsklagen ausgeschlossene Einrede der Verjährung wirklich zulässig.

## §. 138.

### Fortsetzung.

Wenn (der Fall auf A) zwischen dem Acker des A. und dem des B. zwar keine künstliche oder auch unveränderliche natürliche Grenzzeichen bestehen, etwa weil jene nie existirt oder sich verloren haben, die Nachbarn wissen aber wie weit eines jeden Grundstück geht, so ist keine Grenzverwirrung vorhanden. Es kann und wird zwar der vorsichtige A. bei dem Widerspruche des B gegen eine ordentliche Vermarkung es nicht bewenden lassen; — denn dieser könnte vielleicht aus Sorglosigkeit oder aus Geitz, (er will sich keine Kosten machen) oder auch wohl aus Gefährde, weil er von dem jetzigen Zustand in der Folge etwa Vortheil zu ziehen beabsichtet, es lieber beim Alten lassen wollen; — er wird vielmehr

*a*) Glück X. §. 719. Mühlenbr. doctr. pand. II. §. 424.

begehren, daß beiderlei Grundstücke auf gemeinschaftliche Kosten gehörig vermarkt werden, und er wird darum das Gericht angehen. Aber dieses geschieht nicht mit der Grenzscheidungsklage, sondern mit einer bloßen Imploration, deren Zweck nur Vorbeugung einer künftig zu besorgenden Grenzverwirrung ist. Daher wird hier der Antrag lediglich dahin gerichtet:

> daß das Gericht die Grenze zwischen den beiderseitigen Aeckern mittelst Setzung ordentlicher Markſteine durch die Siebener auf gemeinschaftliche Kosten herstellen lassen wolle.

Dieß ist der erste Fall (ad A); wir kommen nun zum zweiten (ad B).

Man darf sich eine Grenzverwirrung zwischen benachbarten Grundstücken nicht so vorstellen, als wenn hier alles chaotisch unter einander vermengt wäre. Dergleichen Zustand kann wohl ausserordentlicher Weise eintreten, und davon wird im folg. §. die Rede seyn. Gewöhnlich aber findet nicht sowohl eine Grenzverwirrung, als vielmehr bloß eine Grenzirrung Statt, nämlich rücksichtlich eines, meist noch überdieß verhältnißmäßig unbedeutenden, und schon darum bis jetzt (wie in dem Beispiel oben §. 53.) vernachlässigten Stück Landes, welches zwischen den Grundstücken beider Grenznachbarn liegt. Es wird, weil keine Grenzzeichen zu finden sind, von jedem der Beiden als Theil seines Grundes angesprochen, ist von dem Einen auch wohl schon in Besitz genommen worden. Von dieser Art und Tendenz sind die meisten Grenzprozesse und so denn auch der, welcher sich auf die Klage des C. gegen den D. anspinnt, zwischen deren Aeckern c. und d. sich ein Zwischenstück x befindet, welches C. als zu c, — D. als zu d gehörig behauptet *b*). Die

*b*) Es versteht sich von selbst, daß das Zwischenstück nicht

von dem C. angestellte, hauptsächlich auf Abtretung dieses Zwischenraums und nebenbei auf Erstattung der Früchte u. s. w. gerichtete Klage ist hier eigentlich die Eigenthumsklage gegen den D., wenn er des Stücks sich angemaßt hat, also im Besitz ist, oder, nach Beschaffenheit des Rechts des Klägers auf den Acker e, überhaupt eine in rem actio. Und hier ist es klar, daß diese actio fin. reg. „pro vindicatione rei est.“ Der Klagantrag geht daher auch dahin:

daß der Raum zwischen dem Acker des Klägers und dem des Beklagten ein ergänzender Theil des erstern sey, daher Beklagter selbigen dem Acker des Klägers zumarken zu lassen und die bisher davon bezogenen Nutzungen, nach vorgängiger Rechnungslegung darüber, zu erstatten ꝛc. schuldig.

Eine eigentliche Grenzverwirrung tritt also hier nicht ein, sondern nur eine Dunkelheit in Ansehung des an dem fraglichen Raum dem Kläger zustehenden Rechts. Dieses würde als ausgemacht erscheinen, wenn Marksteine da wären; es ist aber auch wohl durch andere Beweismittel zur Gewißheit zu bringen. Es läßt sich daher bei diesem Recht so wenig als bei einem andern darum, weil es streitig geworden, eine gleichsam durch ein s. g. Schnitterurtheil aufzuhebende, Gemeinschaft im gewöhnlichen Sinne des Worts annehmen, folglich auch kein Antrag auf Theilung, den auch der Kläger nicht machen wird; er will ja das Ganze haben, und eben so der Beklagte. Nur ausserordentlicher Weise wird, auch

ausgemachtes Gemeindeland, etwa ein gemeindlicher Weideplatz seyn, oder eine andere Bestimmung, z. B. als Feldweg zu dienen, haben muß. Auch die Raine zwischen den Aeckern sind nicht von dieser Art, da sie vielmehr im Zweifel beiden Angrenzern gemeinschaftlich zustehen, und häufig selbst als Grenzzeichen dienen.

gegen die eigentliche Intention der Streitenden, ein beiderseitiges Theilnahmsrecht angenommen, nämlich als Wirkung der von dem Richter erkannten Nothwendigkeit einer Theilung des Gegenstandes zum Zwecke der ausserdem nicht zu bewirkenden Beendigung des Streits. Wenn sich nämlich das ausschließliche Eigenthum an dem Ganzen, oder auch an einem bestimmten Theile desselben, weder für den C. noch für den D. ermitteln läßt, so rechtfertigt diese Ungewißheit die Theilung des Stücks, und zwar im Zweifel, — also wenn keine andere Theilnahmsquote, allenfalls auch nicht durch Vermessung der beiderseitigen Principal-Grundstücke c. und d. sich ermitteln läßt, oder auch der Besitzstand keinen zu beachtenden Anhalt gewährt, — eine gleichheitliche Theilung, worauf der Richter kraft seiner Amtsbefugniß erkennt. Denn das judicium fin. reg. ist eine actio arbitraria (§. 22.), wobei es auf das richterliche Ermessen ankommt, wie der Streit über das kritische Object, woran C. und D. ein ausschließliches Recht nicht darzuthun vermochten, das aber niemand sonst als ihnen gehören kann, nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit billigermaßen beizulegen. Dabei tritt denn, wenn Theilung verfügt wird, die Analogie von dem im Zweifel gleichen Rechte der Communionsgenossen ein c). Auch sonst sind die Befugnisse des richterlichen Amts hier erweitert, indem die Gesetze dem Richter gestatten, dem neu zu re-

c) Vergl. §. 136. num. 6. Preuß. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 379 ff. Nach dem österreich. Ges. Buch §. 853. wird der streitige Raum zwischen den Parteien nach dem Verhältnisse des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht, vertheilt, d. h. nach dem Maße ihrer angrenzenden, ihnen unstreitig gehörigen, Grundstücke. v. Zeiller im Comment. zu diesem Gesetz.

gulirenden Grenzzuge im Zweifel eine den Umständen angemessene Richtung zu geben, dem einen Nachbar, um eine schickliche, künftigen Irrungen vorbeugende Grenzlinie (so viel thunlich eine gerade) zu gewinnen, etwas von dem Grunde des andern zuzuerkennen (adjudicatio), und dagegen jenem eine Geldentschädigung aufzulegen (condemnatio) *d*).

## §. 139.

### Der Fall einer eigentlichen Grenzverwirrung.

Eine eigentliche Grenzverwirrung tritt in dem §. 137 ad C. bemerkten Fall ein; denn hier kann keiner der Interessenten bestimmt behaupten, wie weit seine Grenze gehe. Der Grenzscheidungsklage fehlt es also als Reivindication an dem wesentlichen Erforderniß der objectiv genauen Bestimmtheit (§. 69.). Diesen Zustand können ausserordentliche Ereignisse herbeiführen: eine Ueberschwemmung kann die ganze Oberfläche des Bodens dergestalt zerrissen und verwüstet haben, daß die ehemalige Beschaffenheit des Landes unkennbar geworden ist. Das Nämliche kann eine Folge von Kriegsverheerungen, und das Ergebniß überhaupt eine confusio finium im eigentlichen und buchstäblichen Sinne des Worts seyn, wobei denn auch in gewisser Art die Merkmale einer communio incidens eintreten, und zwischen den von diesem Ereigniß betroffenen Grundbesitzern das Verhältniß entstehen kann, wie es durch Commixtion und Confusion der dazu geeigneten Sachen verschiedener Eigenthümer entsteht. Analog dem hier gewöhnlichen Verfahren zur Auseinandersetzung der Theilnahmsberechtigten müssen daher Maßregeln getroffen werden, die Grenzverwirrung

*d*) §. 6. J. de off. jud. (4, 17.) L. 2. §. 1. L. 3. D. h. t.

zu beseitigen und jedem zu dem Seinigen zu verhelfen. Dieß geschieht dadurch, daß der ganze Flurdistrict, den die Verwüstung betroffen, geometrisch vermessen, und dann nach den Antheilen der einzelnen Participanten, die aus den vorhandenen Grund- und Lagerbüchern und Besitzurkunden oder durch sonstige Beweismittel eruirt werden, das was jedem Theilnehmer an der verworrenen Masse gebührt, dem Verhältniß seines Theilnahmsrechts gemäß, demselben nach der Societätsregel zugetheilt wird. Bei diesem glücklicher Weise selten eintretenden Ereignisse würde denn, wie bei der a. comm. div. das Gesuch auf Theilung den bemerkten Modalitäten gemäß gehen, eine förmliche Klage aber statt einer bloßen Imploration nur dann nothwendig werden, wenn die übrigen Theilhaber, wie jedoch nicht wahrscheinlich ist, das gemeinsame Bedürfniß nicht anerkennen und der Auseinandersetzung widersprechen sollten, wiewohl man von Landespolizeiwegen hier kurzen Prozeß machen würde. Indessen tritt selbst in diesem Fall doch nur die Analogie von einer Communion ein, und so wäre es denn auch hiebei nur die Theilung, welcher die a. fin. regund. die Verwandtschaft mit den eigentlichen Gemeinschaftstheilungsklagen verdankte. Denn selbst die ausserordentlichste Zerrüttung des vorigen Zustandes eines Flurdistricts bringt dessen einzelne Parcellen doch niemals so unter einander, wie die Körner zweier vermengten Getreidhaufen, sondern jeder Theilnehmer weiß immer noch, wo sein Grundstück gelegen, und kennt dessen Gestalt und Angrenzung an das andere wenigstens beiläufig. Nur die äussern Berührungspunkte d. h. eben die Grenzen sind verwischt, und auf den dadurch ungewiß gewordenen Raum allein erstreckt sich die Gemeinschaft, wenn man dergleichen annehmen will. Die 2½ Tagwerk Land des Lauterbach haben nicht aufgehört sein

privatives Eigenthum zu seyn, und keiner der sämmtlichen übrigen Participanten stellt sich die Sache so vor, als wenn nun alle von der Verwirrung betroffene Stücke wie ein Mehrern gemeinschaftlicher Gutscomplex nach jedem Theil und jeder Scholle gemeinschaftlich wären. Daher wird auch das Gesuch nicht auf Theilung des ganzen in Verwirrung gerathenen Flurdistricts, sondern dahin gerichtet:

> daß nach vorgängiger Vermessung der in Verwirrung gerathenen Feldflur dem Kläger sein 3¼ Tagw. haltender Acker, nach Verhältniß zu den Grundstücken der übrigen Flurtheilhaber auf gemeinschaftliche Kosten wieder herzustellen.

Die Modification „nach Verhältniß ꝛc." gilt nur für den Fall, wenn das Ackermaß bloß beiläufig bekannt und so auch nur in den Urkunden beschrieben ist, also wenn noch keine genaue Vermessung vorliegt, — ein Fall, der nicht selten, besonders in Gegenden eintritt, wo noch keine allgemeine Landesvermessung vor sich gegangen ist. Wo dieß schon geschehen, weiß man freilich genau, was jedes Flurzugehör hält, also daß der Acker des A. 2 Tagw. 96 Decimalen, der des B. 1 Tagw. 19 Dec. hält u. s. w., ja wegen der erfolgten Chartirung kennt man selbst seine äussere Form. Hier kann mithin A. nur seine 2 Tagw. 96 Dec. weggemessen, vielmehr ergänzt verlangen. Aber wo ein solcher geometrisch genauer Umfang aller Theile der Masse nicht Statt findet, läßt sich nur mittelst einer allgemeinen Vermessung und Abgleichung nach Verhältniß, einer Verkürzung des Einen vor dem Andern vorbeugen. Denn das aus den ältern Saal- und Flurbüchern erhellende Ackermaß hat sich gegen den jetzigen Zustand oft sehr merklich verändert, einmal weil man ehedem häufig nur mit den

Digitized by Google

Augen maß und nicht zu knapp verfuhr e), — Grund und Boden war vor Zeiten ja überhaupt minder kostbar, — dann aber auch weil sich sonst zwischen den einzelnen Feldstücken größere Strecken unangebautes, bloß mit der Weide besuchtes, oder ganz verödetes Land befunden, wovon die Industrie der Anlieger allmählich im Ackern und Cultiviren abgezwackt hat, für deren Erwerb jedoch die Sanction eines unvordenklichen Besitzes gilt.

## §. 140.

### Eigenthümlichkeit des Verfahrens bei Grenzstreitigkeiten.

Das Verfahren bei Grenzstreitigkeiten zeichnet sich, wenigstens in Hinsicht auf seine Einleitung, vor dem sonstigen Prozeßverfahren merklich aus. Wollte man den Streit bloß im Gerichtszimmer verhandeln, so würde man schon um deswillen zu keinem zweckgemäßen Resultate kommen, weil Richter und Parteien in den meisten Fällen einander nicht verstehen würden. Der Anfang muß also damit gemacht werden, was sonst gewöhnlich erst in einem andern Stadium des Prozesses, nämlich im Beweisverfahren erfolgt, mit einem Augenschein. Auf diese Weise wird erst an Ort und Stelle Gewißheit darüber zu erlangen gesucht, was die Streitenden eigentlich von einander wollen. Nach vorgängiger Imploration oder auch auf förmliche Klage erfolgt also erst eine Art von Informations-Verfahren. Der Richter begibt sich mit seinem Actuar und den Par-

e) Daher die Redensart: „es ist eben ein alter Morgen", womit man sagen will: man muß einen größern Maßstab als den gewöhnlichen geometrischen annehmen, um das Rechte zu erkennen.

teien mit Zuziehung der Feldgeschwornen (Siebener, Märker), allenfalls auch eines Feldmessers, auf den streitigen Platz, untersucht die Verhältnisse der Grenzirrung, läßt die etwa vorhandenen oder dafür angegebenen Marksteine heben und diese oder die sonstigen Grenzscheidungs-Zeichen nach ihrer Beschaffenheit und Relevanz untersuchen, rc. und sammelt so gleichsam erst die Materialien des eigentlichen Streitverfahrens. Das Ganze, worüber ein umständliches Protokoll, — ohne Recessiren oder nach einer gewissen Ordnung des Vorbringens, vielmehr summarisch, wie sich eben der Stoff der Beobachtung darbietet, — aufgenommen wird, hat in vielen Stücken Aehnlichkeit mit dem nichtstreitigen Verfahren, zumal da es hiebei wesentlich auf Anwendung des richterlichen Vermittelungsamts ankommt *f*). Erst wenn sich durch die gütliche Vermittelung an Ort und Stelle die Sache nicht beilegen läßt, werden mit Zugrundlegung einer, die kritischen örtlichen Verhältnisse und den controversen Grenzzug richtig darstellenden, Charte die nichtstreitigen von den streitigen Punkten gehörig ausgeschieden, und nach diesen Anhaltpunkten und den in der Gegenwart der Sache aufgenommenen Erörterungen der Streit zum förmlichen rechtlichen Verfahren eingeleitet. Häufig wird sich jetzt erst auf den Grund dieser Localerörterungen die Klage vollständig aufnehmen lassen, oder man wird sie wenigstens, wenn sie vorher schon zu Protokoll oder schriftlich angebracht worden, nach den in re praesenti geschöpften Ergebnissen emendiren und so gehörig substantiiren müssen. Der Beweis wird sich durch den Befund des Augenscheins häufig als anticipirt ergeben.

*f*) Vergl. mein Handbuch der freiwill. Gerichtsbarkeit Th. II. Abschn. 2. Kap. 8.

## Zweites Kapitel.

### Klagen aus widerrechtlichen Handlungen (vera et quasi delicta) auf Schadensersatz.

### §. 141.

Ueber Schadenszufügung überhaupt; — Justiz- und Polizeiressort; — öffentliche und Privatgenugthuung.

Zu Klagen auf Ersatz eines auser dem Fall eines Vertragsverhältnisses zugefügten Schadens, wovon hier die Rede ist, bietet der landwirthschaftliche Verkehr eine sehr ergiebige Quelle dar. Es wird dazu Anlaß gegeben: durch Ueberackern, Ueberfahren, schädliches Hüten und Grasen, Beschädigung der Feldfrüchte, der Bäume, Hecken, Zäune und sonstigen Befriedungen, durch vernachlässigte Uferbauten, durch Realinjurien, so weit es dabei nicht sowohl auf Ehrenbeleidigung (contumelia) als auf Ersatz des damni injuria dati, (Kur- und Versäumnißkosten, Schmerzengeld) abgesehen ist; ferner durch Nichtbeachtung der Polizeiverordnungen gegen schnelles Reiten und Fahren auf stark besuchten Wegen, oder wegen des Ausweichens der auf der Straße sich begegnenden Fuhrwerke, nicht minder durch Schadenszufügung von unsern Kindern und Dienstboten, durch Beschädigung von Thieren und an Thieren, an Grenzzeichen u. s. w. Viele dieser Schadenszufügungen werden, wenn sie nicht von Bedeutung sind, oder eine Wiederholung und dadurch Störung des Rechtsfriedens zu besorgen ist, als s. g. Frevel polizeilich geahndet, der Uebertreter mit mäßiger Geld- oder Leibesstrafe, ge-

Digitized by Google

wöhnlich Arrest von ein paar Tagen belegt, und zum Ersatze des angerichteten Schadens condemnirt. Es gilt hier hauptsächlich Erhaltung der Ordnung und Ruhe, und Vorbeugung von Thätlichkeiten, weniger eine genaue, nach den sonstigen Bestimmungen des Strafrechts abgemessene Untersuchung und Beweisführung. Wenn indessen der Schade von einiger Bedeutung ist, oder die Thatsachen auf förmlichem Beweise beruhen, und es nicht sowohl, oder doch nicht allein, auf Bestrafung der Handlung als Frevel, als vielmehr auf den eigentlichen Civilpunkt der Schadensvergütung ankommt, so wird die Sache zur Cognition der Gerichte im Wege des bürgerlichen Rechtsverfahrens gezogen, unbeschadet der Wirksamkeit der Polizeibehörde in dem, was ihres Amts ist. Wird also wegen Ersatzes eines Schadens, der durch Ueberschwemmung fruchttragender Grundstücke aus Ursache einer vernachlässigten Flußreinigung, eines ordnungswidrigen Uferbaues, oder einer schädlichen Vorrichtung an dem Flusse herbeigeführt worden, vor Gericht Klage erhoben, so läßt die Polizeibehörde dem Civilpunkt seinen Lauf, sie ordnet aber an, was nöthig ist, um einer wiederholten Beschädigung zuvorzukommen, und ahndet die Ungebühr gegen die öffentliche Ordnung, — alles nach den bestehenden Ressortbestimmungen, und vorausgesetzt, daß die richterliche nicht mit der polizeilichen Gewalt amalgamirt ist. Denn wo diese Einrichtung bei den Behörden erster Instanz — bei den höhern ist es wohl überall anders — noch besteht, da geht freilich alles in einen Topf und aus demselben, leider zum Nachtheil dessen, was der Polizei, oder was der Justiz ist, oder noch öfter beider zugleich.

Jede mit Strafe bedrohte unerlaubte Handlung hat zur rechtlichen Folge Strafe und Ersatz des angerichteten Schadens. Nach heutiger Verfassung gehört der

Punkt der Strafe für die Strafgerichte, es mögen nun diese, nach Verschiedenheit der Gesetzübertretung und des darauf gesetzten größern oder geringern Strafübels, Criminalgerichte, oder in Beziehung auf die Strafgewalt niedriger gestellte (Civilgerichts- oder Polizei-) Behörden seyn. Mit der Strafe wird die Uebertretung gegen den Staat, mit dem Schadensersatze, so weit dergleichen möglich ist, gegen den Beleidigten gebüßt. Diese letztere Verbindlichkeit wird entweder bei der Untersuchung im Strafverfahren zugleich ermittelt und festgestellt, also über die satisfactio publica und privata zugleich erkannt, oder letztere zur besondern Erörterung im Civilwege verwiesen. Ersteres erfolgt gewöhnlich so, daß der Beschädigte mittelst einer Denunciation oder auch mittelst einer Civilklage das Verbrechen zur Kenntniß des Richters bringt, und erstern Falls zugleich den Antrag macht, daß ihm wieder zu dem Seinigen oder zum Schadensersatze verholfen werde. Der Beschädigte gibt nun für seine Intention die zugleich dem Interesse der öffentlichen Genugthuung diensamen Beweismittel an, und unterstützt überhaupt bei gehöriger Verfolgung seiner Schadloshaltung zugleich auch den Zweck der Untersuchung zur Strafe. Diese Theilnahme wird auch der Adhäsionsprozeß g) genannt, und auf diesem Wege, so weit es unbeschadet des strafrechtlichen Verfahrens geschehen kann, der Civilpunkt mit erörtert, hiernächst aber im Straferkenntniß zugleich die Privatgenugthuung ausgesprochen. Es wird indessen wie gedacht vorausgesetzt, daß der Beschädigte darauf angetragen hat, weil auch hier in Sachen des Privatinteresse der Richter nicht von Amtswegen erkennt;

---

g) Martin's Lehrb. des bürgerl. Prozesses §. 253. (X. Ausg.)

kennt; wiewohl es gewöhnlich nur an der Fassung des Denunciationsprotokolls liegen wird, wenn rücksichtlich des Begehrens des denunciirenden Damnificaten ein Zweifel entstehen sollte. Ist aber der Civilpunkt entweder überhaupt illiquid geblieben, weil der Angeschuldigte gänzlich oder vorläufig absolvirt worden, oder ist der Betrag des Schadens nicht ausgemittelt, so wird im Straferkenntniß alles, was die privatrechtlichen Forderungen betrifft, zur besondern Verfolgung in foro civili verwiesen. Hier kann der Kläger sowohl von den durch das strafrechtliche Verfahren hergestellten Beweisen Gebrauch machen, als die nur im Civilprozesse zulässigen Beweismittel anwenden *h*).

## §. 142.

### Römisches System.

Anders war das zu Anfang des vorigen §. bemerkte Verhältniß der Sühne eines Verbrechens bei den Römern. Diese unterschieden zwischen öffentlichen und Privatverbrechen. Für beide hatte der Verbrecher mit Strafe zu büßen und zwar bei erstern dem Staate, bei letztern dem Beleidigten. Die letztere oder Privatbuße bestund in einer Geldstrafe, die dem zwei-, drei- oder vierfachen Betrage des zugefügten Schadens gleich war. Sie wurde mit einer Pönalklage verfolgt. Zu den Privatdelicten nach römischem Recht rechnete man als Haupt- oder eigentlich Normalfälle 1) furtum, 2) rapina, überhaupt eine Rechtsverletzung durch verübte Gewalt, 3) injuria (die Ehrenbeleidigung), endlich 4) damnum injuria datum. Man kann nämlich

*h*) Vergl. bayer. Strafgesetzbuch II. Art. 7. ff. Pufendorf obs. I. 169.

auch ohne eine besondere Verpflichtung zum rechtlichen Verhalten gegen einen Andern contrahirt zu haben, die man durch Zuwiderhandeln verletzt, schon aus allgemeinen rechtsgesetzlichen Gründen gegen denselben unrechtlich handeln, und zwar A) in der Richtung auf dessen Ehre, wodurch man eine injuria im besondern Sinne an ihm begeht, (der 3. Fall); B) in der Richtung auf dessen Vermögen, und hier a) durch Zueignung desselben, es sey nun heimlich, (der 1. Fall), oder gewaltsam, (der 2. Fall); b) ohne Zueignung, durch Beschädigung oder Vernichtung einer Sache des Andern (der 4. Fall). — Wenn wir gleich heut zu Tage keine Privatverbrechen in dem angegebenen Sinne mehr haben, daher auch manches von dieser Theorie in den Gerichtshöfen nicht mehr anwendbar ist, so greifen doch die desfallsigen Grundsätze des R. R. und die Lehre vom Schadensersatz auch bei uns ein, und die hieraus entstandenen Klagen sind nicht nur dem Namen, sondern auch ihrer Wirksamkeit nach, wenn schon als bloße reipersecutorische oder Civilklagen auf Entschädigung, nicht mehr als Pönalklagen auf das Mehrfache, in der Praxis der Gerichte bekannt und anwendbar.

Von den bemerkten Privatdelicten nach R. R. interessirt uns hier vornämlich das damnum injuria s. culpa datum. Unter injuria wird hier zum Unterschiede von der engern, auf Ehrenbeleidigung gehenden Bedeutung des Worts alles verstanden, „quod non jure factum est *i*)“, und es ist der Ausdruck gleichbedeutend mit culpa, dieses Wort im weitesten Umfange genommen, wo es wie das deutsche Verschuldung nicht nur Handlungen aus Fahrlässigkeit, sondern auch

*i*) L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.)

solche, die in der Absicht zu schaden unternommen wurden, begreift.

## §. 143.

### Arten der Schadenszufügung überhaupt.

Eine Schadenszufügung kann überhaupt das Ergebniß seyn:

A) eines wahren Delicts, hier also einer jeden widerrechtlichen Beschädigung (Zerstörung, Verletzung, Vernichtung oder Entziehung *k*)) des Körpers einer Person oder Sache, die durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Beschädigers oder auf sonstige ihm zur Last zu legende Weise bewirkt worden. Gegen Beschädigungen dieser Art haben die Gesetze verschiedene Klagen gegeben: die actio ex lege aquilia, eine Klage wegen Haltung schädlicher Thiere, wenn durch diese ein Schade angerichtet worden, endlich die actio viae receptae.

B) Es kann aber auch ein Schade entstehen aus Handlungen, welche zwar ebenfalls widerrechtlich, jedoch nicht als delicta in den Gesetzen ausgezeichnet sind; man ist aus denselben nur „quasi ex delicto" verpflichtet. Eine solche Handlung kann a) von mir selbst begangen seyn, also daß der schädliche Erfolg unmittelbar von mir, wenn schon nur aus Versehen gewirkt worden, oder b) es kann ein Thier oder eine leblose Sache, die in meinem Eigenthume sind, oder endlich c) die Handlung eines Dritten, die ich nach gesetzlicher Vorschrift hätte verhüten sollen, den Schaden verursacht haben. Hieher gehören: ad a 1) die Klage gegen den Richter auf Ersatz eines Schadens, den er durch ein imputables Versehen bei Verwaltung der Straf- oder

*k*) Z. B. es wird ein Kleinod in das Wasser geworfen.

Civilrechtspflege oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit, überhaupt durch Handlungen oder Unterlassungen bei Ausübung seines Amts einer Partei zugefügt hat. Die Klage gegen den Richter heißt actio in factum contra judicem litem suam facientem, oder Syndicats-, auch Regreßklage: er macht den Streit in der That zu dem seinigen, indem er sich regreßpflichtig macht. Hat der Richter mit Vorsatz eine Partei in Schaden versetzt, so ist seine Handlung ein eigentliches Delict. Gegen andere Beamte wird Schadensersatz ex lege aquilia gesucht *l*). 2) Die actio de positis et suspensis auf Wegschaffung gefahrdrohend aufgestellter oder ausgehängter Gegenstände *m*). Heut zu Tage bedarf man dabei keiner gerichtlichen Klage mehr, sondern nur der Anzeige bei der Polizei, wenn diese das Gebrechen nicht selbst wahrnimmt. — ad b. wegen Beschädigungen durch Thiere oder andere Sachen gegen den Eigenthümer, namentlich unter andern: die actiones 1) de pauperie, 2) de pastu, 3) ex stipulatu damni infecti. — ad c. 1) de effusis et dejectis gegen die Bewohner eines Hauses oder Wohnungsgelasses, aus welchem durch Ausgießen oder Werfen ein Schade angerichtet worden; 2) de recepto wider Gastwirthe und Schiffer, wegen Ersatzes der bei ihnen verlornen oder beschädigten Sachen.

C) Auch die vom Gesetz anerkannte bloße Billigkeit kann Grund zum Schadensersatze werden. Im Allgemeinen gilt hier die — im übrigen freilich mit Discretion zu verstehende — Regel: daß niemand mit dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe.

---

*l*) L. 29. §. 7. ad L. Aquil. L. 13. D. de peric. et comm. (18, 6.)

*m*) §. 1. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5.)

So wie dieselbe sich wirksam äussert in den Fällen, in welchen eine von den Condictionen: indebiti, — ob causam datorum, — ex turpi vel injusta causa, — sine causa, ferner die actio negotiorum gestorum und de in rem verso angestellt werden kann *n*), — so beruht auf jener Regel die Ersatzverbindlichkeit auch in andern Fällen, und zwar sowohl im Allgemeinen, wo die obligatio sodann mit der actio in factum geltend gemacht wird, als besonders da, wo der Fall einer in gemeinsamer Noth zum Besten Anderer erlittenen Beschädigung gegeben ist, dessen billige und verhältnißmäßige Vergütung mit der actio ex lege rhodia de jactu, es sey directe oder utiliter, gefordert wird.

Diese verschiedenen Klagfälle sollen nun, soweit es für den Zweck dieser Schrift nöthig ist, näher betrachtet werden.

## §. 144.

### Die actio de dolo.

Wer einem Andern durch rechtswidrige Thätigkeit absichtlich Schaden zufügt, es sey aus Gewinnsucht oder Bosheit, macht sich eines dolus schuldig. Der Begriff von dolus ist also allgemeiner, als die mit dem Ausdrucke Betrug bezeichnete Thätigkeit, die zwar zum Geschlecht desselben gehört, worunter aber besonders die geflissentliche Erregung oder Benützung eines Irrthumes in gewinnsüchtiger Absicht verstanden wird. Ein dolus kann sowohl bei einem Rechtsgeschäft, als ausserdem begangen werden. Dort, also bei der Verletzung einer Vertrags-Verbindlichkeit, wird derselbe ordentlicher Weise mit der Contractsklage verfolgt, hier mit der

*n*) Mühlenbruch doctr. pand. Tom. II. §. 455. nota 2.

Digitized by Google

actio de dolo, nämlich unter gewissen sogleich bemerkt werdenden Voraussetzungen.

Die Fälle, in welchen zu dieser Klage Anlaß gegeben werden kann, sind so mannigfaltig, als die Arten, wie Menschen von niederträchtiger Gesinnung aus Gewinnsucht, oder auch wohl nur um zu schaden, die Arglosigkeit, Einfalt oder Gutmüthigkeit ihrer Nebenmenschen für ihre Zwecke mißbrauchen können. Haben Mehrere zur Schadenszufügung durch dolus beigetragen, so haften sie für den Ersatz in solidum, hat aber Einer von ihnen den Ersatz geleistet, so macht er die Uebrigen frei, ohne jedoch gegen sie einen Regreß zu haben *o*).

Die actio de dolo ist unter gewissen Voraussetzungen *p*) infamirend (famosa); sie ist daher gesetzlich nicht begünstigt und folgenden Beschränkungen unterworfen. 1) Sie findet nicht Statt, wenn sich der Kläger mit der exceptio oder replica doli helfen kann *q*), oder so lange noch eine andere Klage vorhanden ist *r*), selbst wenn diese minder vortheilhaft oder verloren wäre, vorausgesetzt daß letzteres Folge des eigenen Verschuldens des Klägers, nicht ebenfalls eines betrügerischen Zuthuns des Beklagten ist *s*). 2) Sie findet nicht gegen den dritten Besitzer Anwendung, ist also nicht, wie die actio quod metus, in rem scripta (§. 21.) *t*). 3) Gegen die Erben geht sie nur so weit, als diese bereichert sind *u*).

---

*o*) L. 17. D. de dolo malo (4, 3.) L. 1. §. 14. de tut. et rat. distr. (27, 3.) L. 1. C. de cond. furtiva (4, 8.)

*p*) v. Glück's Comm. V. S. 526.

*q*) Ebendas. S. 519.

*r*) L. 1. §. 8. L. 2. — 5. D. h. t.

*s*) L. 7. §. 6. L. 1. §. 6. 7. eod.

*t*) L. 15. §. 3. D. h. t.

*u*) L. 17. §. 1. L. 26. 27. 28. h. t.

Digitized by Google

Man kann sich 4) derselben nicht gegen Respectspersonen, auch nicht gegen Personen hohen Standes bedienen *v*). Auch ist sie unzulässig 5) bei geringen Beschädigungen, wofür der Betrag von 2 aurei oder Ducaten angenommen ist *w*). 6) Sie dauert nur 2 Jahre vom Tage des begangenen Betrugs an *x*).

Die actio de dolo ist arbitraria (§. 22.). Wenn daher die Sache nicht mehr in den vorigen Stand gesetzt, also z. B. der auf betrügerische Vorspiegelungen des Beklagten mit einem Dritten, ohne daß diesem selbst eine Unredlichkeit zur Last fällt, abgeschlossene Kauf nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so bestimmt des Richters Arbitrium, „quanti ea res est", indem er nach vorgängiger Ableistung des juramentum in litem von Seiten des Klägers den Betrag der von dem Betrüger zu leistenden Entschädigung ermäßigt und festsetzt *y*). Diese Entschädigung besteht in dem ganzen Interesse, begreift also sowohl den positiven Schaden als den entgangenen Gewinn *z*), und kommt es nicht darauf an, ob der Betrüger durch den dolus bereichert worden oder nicht.

Wo die actio de dolo nicht Anwendung findet, kann sich der Betrogene klagend der actio in factum bedienen, welche auf bloße Entschädigung geht, nicht famos ist, und 30 Jahre dauert. Hier soll der Kläger des Betrugs nur mit verblümten Worten Erwähnung thun *a*).

---

*v*) Die moderne Praxis dürfte hier weniger indulgent seyn, doch immer manierlich, je nach Verhältniß der Person.

*w*) L. 9. §. ult. L. 10. L. 11. pr. h. t. Glück a. a. O. S. 526.

*x*) L. 8. C. h. t.

*y*) L. 18. pr. h. t.

*z*) L. 13. D. ratam rem haberi (46, 8.) L. 78. de R. J.

*a*) In factum verbis temperanda actio. L. 11. §. 1. h. t.

Digitized by Google

Da wir h. z. T. keine Pönalklagen in foro civili mehr haben, auch der Betrug wenigstens nicht mehr im römischen Sinn ehrlos macht, so ist kein Unterschied mehr zwischen der actio doli und in factum *b*). Man braucht auch die Klage nicht mit dem Namen zu nennen, sondern nur das Factum zu erzählen, woraus der Betrug schon von selbst hervorgeht, oder wenn auch das Kind, wie wohl nicht immer zu vermeiden seyn wird, bei dem Namen genannt wird, so ist doch daraus allein gegen die Competenz der Klage keine Einrede abzuleiten. Sage ich daher in meiner Klage:

> daß ich mich bei dem Kaufe meines Landguts aus Mangel eigener hinlänglicher Sachkenntniß und Erfahrung des Raths und Beistands des Cajus bedient, und besonders auf dessen Vorstellung, daß ꝛc. ꝛc. zu dem Kaufschilling von ꝛc. und den Bedingungen ꝛc. ꝛc. mich verstanden, daß sich aber hinterher ergeben, daß ꝛc. ꝛc., worauf mich Cajus, da es ihm bekannt gewesen, hätte aufmerksam machen sollen, was er aber nicht gethan, vielmehr solches verschwiegen, folglich mich betrügerisch zu einem mir nachtheiligen Geschäft verleitet, wodurch ich um 1000 fl. beschädigt worden, indem ꝛc. ꝛc., daß sich nun aber Cajus weigere, diesen Schaden, zu dessen Ersatz er seines verübten Betrugs wegen rechtlich verpflichtet sey, mir zu vergüten, mich daher zu dieser Klage vermüssige, womit ich den Antrag stelle, zu erkennen: daß Beklagter mir den betrügerischer Weise verursachten Schaden durch Zahlung der Summe von 1000 fl. zu ersetzen u. s. w. schuldig,

so ist das ohne Zweifel die actio de dolo nach aller Form; sie kann aber durch Weglassung der ausgezeich-

---

*b*) Thibaut's System §. 1008. Höpfner's Comm. §. 1008. a. E. Dagegen s. Glück V. §. 455.

neten Worte, wodurch ich eigentlich den durch das ganze Vorbringen schon von selbst signalisirten Betrug nur mit Namen nenne, ohne Schwierigkeit in die actio in factum verwandelt werden. Ich brauche dabei die Höflichkeit nicht so weit zu treiben, wie Böhmer c) zu sagen:

„daß ich durch des Beklagten Zureden und Schuld in „diesen Schaden versetzt sey, obwohl derselbe in „bona fide möge gewesen seyn, und daß es „wider die Billigkeit seyn würde, wenn ich den Schaden „tragen müßte."

Denn mit dieser schielenden Darstellung könnte ich den materiellen Gehalt meines Anspruchs leicht in ein zweideutiges Licht stellen.

## §. 145.

### Das Gemeinsame der verschiedenen Entschädigungs-Klagen.

Unter Schadensersatzklagen verstehen wir hier überhaupt diejenigen, die ihren Grund in einer ausser einem Vertrage vorsätzlich oder schuldbar geschehenen widerrechtlichen Schadenszufügung haben, es sey übrigens an einer Sache oder, sofern nur immer von einem irgend ersetzbaren Nachtheil die Rede ist, an der Person eines Andern. Der Schade, besonders an einer Sache, kann Grade haben; er kann zugefügt werden durch Verletzung des Gegenstandes, oder durch dessen Unbrauchbarmachung, oder auch durch Bewirkung des gänzlichen Verlustes desselben. Dieß kann sowohl unmittelbar als mittelbar, durch Handlungen oder (qualificirte) Unterlassungen, an einem Körper oder an einem sonstigen Gegenstande des Vermögens, durch einen Menschen oder durch ein Thier oder durch eine leblose Sache geschehen,

c) l. c. S. II. c. 11. §. 40. — L. 11. §. 1. h. t. spricht von der „bonae fidei mentio" nur bezüglich auf die Grenzen des Richteramts.

sofern in letztern beiden Fällen nur überhaupt der Schade einem Menschen gesetzlich zugerechnet werden kann. Der Zweck der Klage ist Ersatzleistung. — In so fern findet also nicht nur zwischen der actio ex lege aquilia directa, utilis und in factum, sondern auch zwischen den verschiedenen übrigen Klagen aus einem wirklichen oder Quasi-Delict im Allgemeinen nach dem practischen Recht der Unterschied nicht mehr Statt, welcher nach röm. Recht hauptsächlich in der Eigenschaft seinen Grund hatte, daß einige dieser Klagen zugleich reipersecutorische und Pönalklagen (actiones mixtae — §. 20, 2. —) waren. Jetzt unterscheiden wir bei einer Schadenszufügung bloß den Civilpunkt (Ersatzleistung) und den Strafpunkt, der aber nicht in den Kreis des Privat-, sondern des öffentlichen Rechts fällt. Indessen treten doch noch gewisse Eigenheiten und Voraussetzungen bei der einen und der andern dieser verschiedenen Klagen ein, welche mit den desfallsigen Bestimmungen der römischen Gesetze noch jetzt practisch sind, daher diese Klagen einzeln zu betrachten sind. Auch macht uns auf die Nothwendigkeit der Kenntniß der verschiedenen Schadens-Klagen nach ihren Namen und abweichenden Eigenheiten schon die Betrachtung aufmerksam, daß diese Kenntniß uns als Wegweiser zu den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht und deren mancherlei Modificationen dient.

## §. 346.

### Die actio legis aquiliae.

Es sind bei dieser Klage folgende Grundsätze und Regeln zu merken:

1) Es wird ein **widerrechtlich** zugefügter Schade vorausgesetzt. Ohne ein damnum injuria datum findet

sie nicht Statt. Sie fällt daher weg, wenn der Schade zufällig ist, oder wenn jemand bei Ausübung seines Rechts in den gesetzlichen Schranken einen Andern in Schaden gebracht hat, oder wenn der Beschädigte in die schädliche Handlung rechtsbeständig eingewilligt, oder auch endlich durch eine unerlaubte Handlung den Beschädiger in die Lage versetzt hat, daß er seiner Selbstvertheidigung wegen und in den rechtlichen Schranken derselben die Schaden bringende Handlung begehen mußte *d*). Doch wird die geringste Verschuldung zur Vertretung angerechnet.

2) Ob der Schade aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit zugefügt worden, macht für die Ersatzleistung keinen Unterschied *e*); doch kann auch h. z. T. noch im erstern Fall eine Strafe eintreten, die aber keine Privat-, sondern eine öffentliche Strafe ist, und nach Beschaffenheit des Gegenstandes von der Polizei, oder auch von der Criminalbehörde verfügt wird. Wer einem Andern die Fenster aus Bosheit oder Muthwillen einwirft, ist zum Schadenersatz verpflichtet und leidet polizeiliche Strafe. Beschädigt er eine res sancta oder religiosa, zerstört er die Aernte ꝛc., so trifft ihn, je nach dem Grade seiner Verschuldung und der erschwerenden Umstände, peinliche Strafe *f*).

3) Mit der aquilischen Klage verfolgt man jeden durch positive Thätigkeit verursachten Schaden. Denn die culpa in faciendo ist eben vorzugsweise Grund

---

*d*) §. 3. J. de L. Aqu. (4, 3.) L. 24. §. 12. D. de damno infecto (39, 2.) L. 1. §. 5. de injur. (47, 10.) L. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad L. aquil. (9, 2.) L. 203. de R. J.

*e*) §. 3. J. h. t.

*f*) v. Feuerbach's Lehrb. des peinl. Rechts §. 310. (10. Ausg.)

Digitized by Google

dieser Klage, und darum heißt diese Art der Culpa auch die aquilische, c. aquilia. Da diese nun im Contracts-Verhältniß ebenfalls eintreten kann, so concurrirt auch die aquil. Klage mit der Contractsklage. Auf letztere ist man bloß dann beschränkt, wenn es sich nur um einen durch Unthätigkeit herbeigeführten Schaden handelt. Hiernach beantwortet sich die Frage: wiefern die aquil. Klage in Vertragsobligationen eintrete? und ob damit ein geringerer Grad von Culpa verfolgt werden könne, als wozu der Contract verpflichtet? Handelt es sich nämlich nur um einen Schaden aus Unthätigkeit, so bleibt es bloß bei der Contractsklage; dagegen kann bei den durch positive Thätigkeit auch im Contracte zugefügten Beschädigungen Ersatz verlangt werden, selbst wenn nur culpa levi gefehlt worden, und nach dem Vertrage bloß lata culpa zu vertreten wäre. Der sonst nur zur culpa lata in custodiendo verpflichtete Depositar kann folglich mit der aquilischen Klage angegriffen werden, wenn er das Depositum durch positive Thätigkeit irgend widerrechtlich beschädigt hat *g*). Ist einmal die Contractsklage angestellt, so wird dadurch die aquilische consumirt, doch kann das Mehrere mit derselben nachgefordert werden (§. 39.) *h*).

4) Die aquilische Klage kann nur der Eigenthümer der beschädigten ꝛc. Sache anstellen, und utiliter jeder, der ein dingliches Recht daran hat, z. B. der Nutznießer *i*), nicht aber wer ein bloß persönliches Recht an derselben hat, z. B. der Pächter, der Commodatar *k*),

---

*g*) L. 5. §. 3. L. 7. §. ult. L. 18. L. 42. h. t. L. 18. §. 1. D. commodati (13, 6.)

*h*) L. 34. §. 2. D. de O. et A. (44, 7.) Voet ad pand. L. 9. Tit. 2. §. 31.

*i*) L. 11. §. 10. L. 17. pr. D. h. t. *k*) L. 11. §. 9. eod.

Digitized by Google

statt dessen also der Eigenthümer klagen, oder dem Naturalbesitzer sein Klagrecht abtreten muß. Aber nach der Praxis nimmt man es hier nicht so spitzig, zumal da hieraus leicht zwei Prozesse statt eines entstehen könnten, einmal gegen den Eigenthümer, wenn dieser sich der Vertretung weigerte, und dann gegen den Beschädiger. Man nimmt also jeden, der bei der Beschädigung in Nachtheil kommt, als klagberechtigt an, und mag man dann die Klage die aquilische oder in factum nennen *l*).

## §. 147.

### Fortsetzung.

5) Die widerrechtliche Beschädigung kann unmittelbar durch körperliche Einwirkung oder auf andere Weise geschehen *m*). Habe ich das im übrigen rechtmäßig gepfändete Pferd meines Nachbars in meinen Stall gestellt, und an die Krippe gebunden, wo vorher ein rotziges Pferd gestanden, und jenes wird angesteckt, so hafte ich eben so aus dem aquilischen Gesetz, als wenn ich es sofort getödtet hätte.

6) Auch ohne alle körperliche Einwirkung kann ein mit der aquilischen Klage als actio in factum zu verfolgender Schade angenommen werden, so oft eine widerrechtliche Handlung unmittelbar oder mittelbar eine gewisse nachtheilige Wirkung bezüglich auf unser Vermögen hervorgebracht hat. So wird sich derselben, allenfalls in Verbindung mit der Injurienklage, der Gastwirth gegen den Urheber und die allenfallsigen Verbreiter des fälschlichen Gerüchts: als habe er Betten aus

---

*l*) Höpfner's Commentar §. 1052. Thibaut's System ꝛc. §. 964. Glück's Commentar X. §. 704.

*m*) §. ult. J. h. t. L. 7. §. 3. L. 9. §. 3. L. 11. §. 5. D. h. t.

einem Cholera-Spital gekauft, bedienen, und damit Ersatz für die ihm vertriebene Kundschaft fordern.

7) Ordentlicher Weise muß die Beschädigung durch eine positive Handlung geschehen seyn *n*). Aber auch eine Unterlassung kann utiliter die Klage begründen, oder eine a. in factum, vorausgesetzt nämlich, daß durch ein positives Handeln ein Verhältniß herbeigeführt worden, welches, um Schaden zu verhüten, den Handelnden zur besondern Thätigkeit und Aufmerksamkeit verpflichtete, die Unthätigkeit also eigentlich widerrechtlich wurde, wenn sie es gleich ohne diese Voraussetzung nicht gewesen wäre *o*). Hat also Mevius das Geländer um seinen Ziehbrunnen einer beabsichteten Ausbesserung wegen weggenommen, so muß er zum Zweck der Schadensverhütung die nöthige Vorrichtung machen oder Aufsicht halten. Unterläßt er dieses, und es kommt ein Thier des Sempronius dadurch zu Schaden, so haftet Mevius auch für diese Unterlassung. Eben so haftet für die Folgen wer die ihm obliegende Aufsicht auf einen Rasenden vernachlässigt, wer ein geladenes Gewehr an einem leicht zugänglichen Ort verwahrt u. s. w.

8) Auch für Beschädigungen, die jemand bei Ausübung seines Berufs einem Andern zugefügt hat, kann mit der aquilischen Klage Vergütung gefordert werden *p*) z. B. an dem Arzt, an dem Erzieher, wenn dieser die Grenzen der mäßigen Züchtigung bei seinen Zöglingen überschreitet, an dem Künstler oder Professionisten, wenn sie die ihnen zur Bearbeitung gegebenen Gegenstände verderben; an dem Fuhrmann, wenn er das ihm anver-

*n*) L. 13. §. 2. D. de usufructu (7, 1.)

*o*) L. 27. §. 9. L. 44. §. 1. L. 45. pr. h. t.

*p*) L. 5. §. 3. L. 11. §. 4. L. 29. §. 7. L. 31. D. h. t. Voet ad h. t. §. 23.

Digitized by Google

traute Gut beschädigt. Hieher gehört auch die Schadenszufügung durch Nichtbeobachtung der Polizei-Vorschriften wegen des Ausweichens bei dem Fahren auf der Straße u. dgl.

9) Die Beschädigung muß an einer körperlichen Sache geschehen seyn. Beschädigungen an einem Recht müssen durch eine andere Klage verfolgt werden. In Fällen, wo weder corpore noch corpori geschadet worden, und wo unsere Klage auch nicht utiliter anzuwenden ist, findet die actio in factum praetoria Statt *q*). Nach Gelegenheit kann man sich auch bei Schadenszufügung an Rechten entweder der actio de dolo, oder quod metus, oder auch bei einem Vertrag der Klage aus diesem bedienen. Auch die actio de servo corrupto utilis, wodurch ich den Verführer meines Kindes oder Gesindes auf Schadensersatz belange, ist von der Kategorie der Beschädigung an Rechten durch Dolus. Hieher mag auch die gleichfalls Dolus voraussetzende actio in factum de calumniatoribus gerechnet werden. Sie geht gegen den, welcher für pecuniäre Vortheile einen muthwilligen Prozeß gegen jemand anzufangen sich hingibt, oder (nach Art einer Erpressung) von dem Angegriffenen dergleichen Vortheile sich geben oder versprechen läßt, um von seinem widerrechtlichen Unternehmen abzustehen *r*).

10) Die Beschädigung eines Menschen an seinem Körper ist zwar eigentlich kein Gegenstand einer, Ersatzleistung mit Geld und Geldeswerth bezweckenden Klage, „quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur“ *s*). Indessen wird die Klage nützlich auf Er-

*q*) L. 33. §. 1. h. t.

*r*) t. t. D. de calumniator. (3, 6.)

*s*) L. 13. pr. D. ad. L. aquil.

satz von Heilungs- und Versäumnißkosten angewendet *t*); auch auf Schmerzengeld, wenigstens nach der Praxis *u*). Wird ein Mensch widerrechtlich getödtet, so haben dessen Wittwe und Kinder von dem, der die That aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangen, standesmäßigen Unterhalt zu fordern *v*).

11) Die a. ex lege aqu. geht gegen mehrere Beschädiger in solidum, ohne daß durch die von Einem geschehene Ersatzleistung die übrigen befreit werden, weil die Klage zum Theil eine Pönalklage (a. mixta) ist *w*).

Nach

---

*t*) L. 5. §. 3. L. 7. pr. D. h. t. L. ult. de his, qui effud.

*u*) Voet ad h. t. §. 11.
Gensler im Archiv für civ. Praxis I. S. 143.
Das Pr. Allg. L. R. Th. I. Tit. 6. §. 112. läßt dergleichen zu fordern nur Personen vom Bauer- und gemeinen Bürgerstande zu bei Verletzungen aus Vorsatz oder grobem Versehen. Es setzt den Betrag zwischen der Hälfte und dem doppelten Betrag der Kurkosten. Bei Personen höhern Standes soll auf die dem Beleidigten durch die Mißhandlung zugefügten Schmerzen nur bei Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen werden. Das österr. Ges. Buch §. 1325. läßt ein „den erhobenen Umständen angemessenes" Schmerzengeld ohne Beschränkung auf einen Stand zu. Auch wenn der vorsätzlich oder aus grobem Versehen Beschädigte zum Betrieb seines Amts oder Gewerbs unfähig, oder eine unverehelichte Frauensperson verunstaltet worden, muß der Beschädiger auch dießfalls Genugthuung leisten. Mit letzterem stimmt auch die Praxis des gemeinen Rechts. Glück X. S. 389.

*v*) Glück X. §. 702. und die angeführten Gesetzbücher Preussens und Oesterreichs, diese jedoch mit Beschränkung auf dolus und culpa lata.

*w*) §. 9. J. L. 11. §. 2. D. h. t.

Digitized by Google

Nach heutiger Praxis gilt dieß aber nicht mehr von dem Punkte der Privatsatisfaction, da die Schadensersatzklage keine Pönalklage mehr ist *x*), wohl aber versteht es sich von selbst, daß bezüglich auf die Strafe die Theilnehmer an der widerrechtlichen That durch die Bestrafung des Einen von ihnen nicht frei werden. Unter den mehrern Beschädigern unter sich findet kein Regreß Statt *y*).

12) Aus eben dem Grund, weil die Klage nur reipersecutorisch ist, geht sie auch gegen die Erben des Beschädigers *z*).

13) Nicht mehr practisch ist die Bestimmung des R. R. wornach auf den Werth der beschädigten Sache resp. in dem letzten Jahr und in den letzten 30 Tagen bei Normirung der Ersatzleistung Rücksicht genommen und wodurch eben die Klage zu einer Pönalklage wurde, indem hiernach zur Strafe selbst ein Werth gefordert werden konnte, den die Sache zur Zeit der Beschädigung oder unmittelbar vorher nicht mehr hatte. Jetzt sieht man bloß auf den Werth der Sache zur Zeit der Schadenszufügung *a*).

14) Die Klage, sowohl directa als utilis und in factum, geht auf den Werth der beschädigten, zerstörten oder sonst entzogenen Sache und auf das ganze Interesse, folglich auch auf den entzogenen Gewinn *b*). Der Werth der besondern Vorliebe (pretium affectionis) kommt jedoch nicht in Betrachtung *c*).

---

*x*) Boehmer de act. sect. II. c. 11. §. 21.

*y*) L. 1. §. 14. D. de tut. et rat. distrah. (27, 3.)

*z*) Hofacker princ. jur. civ. III. §. 3009.

*a*) Boehmer l. c. §. 22. Schmidt von Klagen §. 1209.

*b*) L. 21. §. 2. D. h. t. *c*) L. 33. pr. eod.



Digitized by Google

15) Der Beweis des Schadens liegt dem Kläger ob. Statt eines weitern Beweises kann er sich, was den Schadensbetrag betrifft, nicht das Factum der Schadenszufügung selbst, das durch die ordentlichen Beweismittel hergestellt seyn muß *d*), des Würderungseides (juramentum in litem) bedienen, welcher also kein bloß subsidiäres Beweismittel ist *e*). Der Beschädigte muß sich übrigens selbst zum Eid erbieten *f*). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Schade vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit zugefügt worden *g*), und der Richter kann nicht nur eine bestimmte Summe, über welche hinaus nicht geschworen werden darf, festsetzen, sondern auch, wenn er dieß nicht gethan hat, den eidlich erhärteten Betrag moderiren *h*), da dieser Eid überhaupt nur eine juristische Wahrscheinlichkeit wirkt *i*).

16) Endlich ist die aquilische Klage perpetua, dauert also 30 Jahre, und damit denn auch die actio in factum, obgleich diese letztere als prätorische Pönalklage sonst ein kürzeres Leben (von 1 Jahr) haben würde *k*).

## §. 148.

### Die actio viae receptae.

Unter die mancherlei Arten von Schadenszufügungen

---

*d*) Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 366.

*e*) Glück XII. §. 814. *f*) Pufendorf obs. III. 124.

*g*) L. 2. C. de in litem jurando (5, 53.)

*h*) L. 5. §. 1. D. de in litem jur. (12, 3.) L. 18. pr. D. de dolo malo (4, 3.)

*i*) Martin's Lehrb. des bürg. Prozesses §. 129. a. E. (10. Ausg.)

*k*) Glück X. §. 701. a. E.

Digitized by Google

gehört auch diejenige, gegen welche die actio viae receptae oder rejectae gegeben ist, eine prätorische Klage, die in L. 3. pr. D. de via publica et itinere publ. refic. (43, 11.) ihren Sitz hat, und wornach derjenige, welcher durch Schmälerung eines öffentlichen Weges selbigen auf seines Nachbars Grundstück hintreibt (viam rejecerit), den vorigen Zustand des Wegs wieder herstellen und allen dem Nachbar verursachten Schaden erstatten soll. — Man kann sich statt dieser Klage auch des interd. ne quid in via publica fiat bedienen *l*). Eine dergleichen Wegverengung, die denn eben die Folge des Ausbeugens der Fahrenden hat, kann geschehen, wenn der Angrenzer von der Straße durch zu nahes Hinackern auf einmal oder allmählich abzwackte. Dieß pflegt jedoch h. z. T. nur noch rücksichtlich der Feldwege der Fall zu seyn, derjenigen Geh- und Fahrwege nämlich, welche zunächst nur für den Zweck des Landbaues hergebracht sind, und zwischen den Grundstücken sich hinziehen, auch wohl, ohne eigentlich kunstmäßig erhobene Vicinalstraßen zu seyn, zu Verbindungswegen einzelner Ortschaften dienen. Denn bei Haupt- oder auch Vicinalstraßen, welche kunstmäßig angelegt sind, hat man dergleichen Schmälerung schon ihrer Bauart wegen nicht zu besorgen. Geschieht rücksichtlich dieser etwas wider die Ordnung, z. B. durch Beschädigung der Straßen-Bänke (banquettes), oder der Seitengräben, so tritt öffentliche Ahndung und die Verbindlichkeit der Wiederherstellung von Seiten des Beschädigers auf Ansuchen der Straßenbau-Behörde ein; die Sache wird polizeilich abgethan. Practischer als der bei der actio viae receptae eigentlich bezielte Fall ist

*l*) L. 2. §. 20. et 24. D. ne quid in loco publ. (43, 8.) Glück X. S. 449. Note 68.

der, wenn Die, denen die Unterhaltung der öffentlichen Wege und die Sorge dafür obliegt, also namentlich was die Vicinal-, Orts- und Feldwege betrifft, die Gemeinden und deren Beamte, diese Pflicht vernachlässigen und dadurch Anlaß geben, daß die Fahrenden auf die anstoßenden Grundstücke ausbeugen, um einen bequemern Weg zu haben, oder auch wohl wegen des schlechten Zustandes des Weges Schaden nehmen. Auch hier schlägt zwar, was die Herstellung des Weges betrifft, der Wirkungskreis der Straßenpolizei ein, an die man sich nur mit einer Beschwerde oder Denunciation zu wenden braucht, um die Vernachlässigung zur Rüge zu bringen. Wenn es aber auf Ersatz eines angerichteten Schadens in Folge der Wegreparatur-Vernachlässigung ankommt, es sey nun wegen des Ausbeugens auf fruchttragende Grundstücke, oder weil der schlechte Weg die Ursache war, daß der Reisende an seinem Fuhrwerk Schaden genommen, (es ist ihm der Wagen, ein Pferd hat das Bein gebrochen,) so tritt die Competenz der Gerichte ein, und es kann sich in der erstern Beziehung der actio viae receptae utiliter, oder auch der aquilischen Klage bedient werden; die letztere wird besonders gegen diejenigen gebraucht, welche die Pflicht der Aufsicht vernachlässigen (Seite 404.).

## §. 149.

### Schadenszufügungen von Menschen in unserer Gewalt.

Bei Schäden, die unsere Kinder oder Dienstboten einem Andern zufügen, kann eine Verbindlichkeit zum Ersatz für uns eintreten, jedoch was die letztern betrifft, natürlich nicht mehr nach den Grundsätzen des römischen Rechts von der Gewalt des Herrn über seine Sclaven,

Digitized by Google

sondern nach heutiger Verfassung. Was den von Kindern angerichteten Schaden betrifft, so können die Aeltern und vorzugsweise der Vater dafür verantwortlich gemacht werden, 1) wegen vernachlässigter Aufsicht, was auch von den Aufsehern auf Rasende, Wahn- oder Blödsinnige gilt, 2) wegen Mitverschuldung bei der Thathandlung durch deren Begünstigung, oder auch nur durch ein selbige veranlassendes Versehen. Ausser diesen Fällen muß sich der Beschädigte lediglich an das Kind halten. Wiefern er dadurch zu seinem Zwecke gelangt, das hängt davon ab, ob das Kind eigenes Vermögen hat oder nicht. Man merke: a) der Sohn, der den Schaden verursachte, hat ein Peculium mit freier Verfügung und Nießbrauch (peculium castrense vel quasi castrense); hier bietet dieses unmittelbar den Gegenstand der Hülfsvollstreckung dar. Im Prozesse vertritt den Sohn, wenn er noch minderjährig ist, sein Vater als natürlicher Vormund. b) Hat der Sohn nur ein peculium adventitium, woran dem Vater bloß die Verwaltung und der Nießbrauch, dem Sohn aber das Eigenthum zusteht, so kann dasselbe nur unbeschadet des väterlichen Nießbrauchs angegriffen werden. Ist endlich c) das Gut des Sohnes nur ein pec. profectitium, woran derselbe bloß die Verwaltung hat, so kann ex lege aquilia hieran gar kein Anspruch gemacht werden, da Delictsklagen nicht de peculio Statt finden. Denn indem der Vater dem Sohne Vermögensstücke zur Verwaltung überläßt, und auf diese Weise Verbindlichkeiten, die unter den Begriff der Verwaltung fallen, contrahirt, kann man sagen, daß er ihm zwar erlaubt habe, Contracte zu schließen, nicht aber Delicte zu begehen. Ein Angriff des nicht freien Vermögens kann also nur im Fall ad b Statt finden, und hier muß nach Verurtheilung des Sohns gegen den Vater ex judicato besonders

Digitized by Google

geklagt werden m), damit dieser, soweit es ohne Nachtheil seines Nießbrauches geschehen kann, die Befriedigung des Klägers aus dem Peculium bewirke. Das Gesuch geht sodann dahin:

> da der Sohn des Beklagten zur Bezahlung des mit durch das zu Schanden gerittene Pferd verursachten Schadens von 96 fl. sammt den auf 27 fl. 23 kr. ermäßigten Kosten rechtskräftig verurtheilt worden, den Beklagten für schuldig zu erkennen, die Zahlung aus dessen Muttergut zu leisten.

Für unerlaubte Handlungen des Gesindes ist die Herrschaft in der Regel nicht verantwortlich, daher findet auch daraus gegen sie keine Klage auf Schadenersatz Statt n). Der Beschädigte muß sich an das Vermögen des Gesindes, und wenn es vermögenslos ist, an dessen Lohn halten. Wer aber wissentlich geschehen läßt, daß sein Dienstbote einem Andern einen Schaden zufügt, wird als Theilnehmer an der unerlaubten Handlung desselben angesehen. Wer Gesinde, das durch einen überwiegenden Hang zu groben Lastern, durch einen hohen Grad von Blödsinn, oder Schwermuth, oder durch ansteckende Krankheiten, Andern gefährlich werden kann, wissentlich in Dienste nimmt, oder darin behält, der haftet für alle Gefahr. Für den durch Dienstboten angerichteten Feuerschaden haftet die Herrschaft auch alsdann, wenn ihr die Unvorsichtigkeit des Gesindes bei dem Gebrauche des Feuers und Lichts bekannt gewesen ist, und sie dasselbe dennoch beibehalten hat. Wenn jemand zu einem Geschäft ein dazu untüchtiges Gesinde wissentlich bestellt, so haftet er für den Schaden, welcher einem Dritten bei der Ausrichtung des Geschäfts da-

---

m) Glück X. S. 416.

n) Leyser spec. 113. med. 1.

Digitized by Google

durch zugefügt worden. In Ansehung der Handwerksgesellen und Lehrjungen haben die Meister die den Dienstherrschaften auferlegten Pflichten *o*).

## §. 150.

### Klagen bei Schadenszufügungen durch Thiere.

#### A) durch wilde Thiere.

Wegen der Schadenszufügung durch Thiere haben die Gesetze verschiedene, mit billiger Rücksicht auf die Verhältnisse abgemessene, Bestimmungen gemacht, welche abgesehen von den römischen Privatstrafbestimmungen noch h. z. T. praetisch sind, und wornach sich denn auch noch jetzt die klagbare Verfolgung richtet. Wer gefährliche Thiere hält, besonders an besuchten Orten und dadurch einen Schaden verursacht, hat nach dem ädilitischen Edict *p*) eine Privatstrafe auf das Doppelte des angerichteten Schadens verwirkt, wenn der Gegenstand zu schätzen ist, und von 200 solidi, wenn ein freier Mensch getödtet worden. Nach heutiger Praxis wird der Eigenthümer des schädlichen Thiers nach Verhältniß seines Reats polizeilich bestraft und haftet überdieß dem Beschädigten für den einfachen Schadens-Ersatz, zu dessen Erlangung die actio de pauperie utilis dient *q*). Gleiches würde überhaupt gegen denjenigen gelten, der

---

*o*) Diese Bestimmungen des Pr. L. R. Thl. I. Tit. 6. §. 61 ff. womit auch das österr. Gesetzbuch §. 1314 sq. übereinstimmt, sind auch gemeinrechtlich. Siehe Glück X. §. 713.

*p*) L. 40. §. 1. L. 42. D. de aedil. ed. (21, 1.)

*q*) §. 1. J. si quadrupes paup. fec. dic. (4, 9.)

Digitized by Google

ohne obrigkeitliche Erlaubniß wilde Thiere hält *r*). Man würde auf ihn die Rechtsregel anwenden: Et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur *s*). Ist ein wildes Thier in niemands Eigenthum, also eine herrenlose Sache, oder war es zwar im Eigenthume, ist jedoch aus demselben entkommen und von dem Eigenthümer aufgegeben worden, so findet kein Ersatz für einen von demselben angerichteten Schaden Statt *t*). Ein jeder kann das Thier erlegen und an demselben so gut als möglich, Ersatz suchen. Indessen ist kein Zweifel, daß wenn jemand überhaupt ein solches Thier zu halten nicht befugt war, oder bei dessen Entweichung ihm eine Verschuldung zur Last liegt, er ex lege aquilia allerdings belangt werden kann. Ein anderes Verhältniß tritt bei jagdbaren Thieren ein, die in Wildniß leben und ausser dem Jagdberechtigten von niemand erlegt werden dürfen. Zwar kann auch hier zur Vertheidigung seiner Person jeder ein solches Thier unbedenklich tödten. Schadet aber dergleichen Wild nur an Gegenständen des Eigenthums, also an Feldfrüchten durch Abfressen oder Zerstören, so findet die Vertheidigung durch Erlegung desselben nicht Statt, sondern der beschädigte Grundeigenthümer muß sich an den Jagdberechtigten halten. Doch ist nach gemeinem Rechte streitig, ob der

---

*r*) „Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß wilde oder andere Thiere hält, die vermöge ihrer Natur den Menschen oder den in der Wirthschaft nützlichen Thieren schädlich sind, und in den Häusern oder auf dem Lande gewöhnlich nicht gehalten werden, der haftet für allen durch selbige verursachten Schaden.“ Pr. allg. L. R. Thl. I. Tit. 6. §. 70.

*s*) L. 30. §. 3. D. ad L. aquil.

*t*) L. 1. §. 10. D. si quadrupes paup. fec. dic. (9. 1.)

Digitized by Google

Jagdberechtigte nur einen durch übermäßiges Hegen des Wildes verursachten Schaden zu ersetzen, oder für jeden Wildschaden überhaupt zu haften verpflichtet sey u). Will man die Klage hier, aus einem den Römern ganz unbekannten Verhältniß, nämlich der Regalität der Jagd, mit einem römischen Namen belegen, so kann man sie weder die actio de pauperie, noch de pastu nennen, weil bei ihr die Bedingungen dieser Klagen nicht eintreten; es bleibt also nur die actio in factum übrig.

## §. 151.

B) Schaden durch zahme Thiere (a. de pauperie, de pastu).

Wer irgend ein, auch zahmes Thier entweder durch Anreitzung oder auf sonstige Weise in den Zustand versetzt, daß es einem Andern schadet, — z. B. er hetzt den Hund, er entfernt sich von einem mit Pferden bespannten Wagen, ohne die nöthige Vorsicht anzuwenden, und diese gehen durch und richten Schaden an ꝛc. — der ist schuldig, dafür Ersatz zu leisten. Die Klage ist hier die a. ex lege aquilia, denn die Thiere sind gleichsam nur die Werkzeuge der von ihm absichtlich oder schuldbar begangenen widerrechtlichen Beschädigung. Hat

u) Für die erstere Meinung siehe Eichhorn's Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 283. Mittermaier's deutsches Privatrecht II. §. 276. (4. Ausg.) für die letztere Pfeiffer's practische Ausführungen III. Bd. num. V. S. 91 ff. — Soll die Schadensersatz-Verbindlichkeit nicht in den meisten Fällen durch die Schwierigkeit des Beweises vereitelt werden, und das Gesetz nicht der Vorwurf treffen, daß es elusorisch sey, so kann man schon darum nur die letztere Meinung als die richtigere annehmen.

Digitized by Google

ein Dritter mein Thier gereitzt, so wird er mit der nämlichen Klage, oder mit der a. in factum verfolgt. Ist derselbe ersatzunfähig, so kann ich subsidiarisch mit der a. de pauperie in Anspruch genommen werden, vorausgesetzt, daß der Schade überhaupt von der Art ist, daß dafür mit dieser Klage Ersatz gefordert werden kann *v*). Es hat aber damit folgende Bewandtniß. Auch ausser dem Falle, wo durch eines Menschen Verschuldung ein zahmes Thier geschadet hat, kann nämlich der Eigenthümer auf Schadensvergütung belangt werden, wenn diejenige Schadensart eintritt, die der Römer mit dem Ausdrucke pauperies bezeichnete, der Schade nämlich, den ein zahmes Thier ungereitzt, in einem Ausbruche von Wildheit gegen seine sonstige Art (contra naturam sui generis) angerichtet hat, z. B. das Pferd hat, ohne gereitzt worden zu seyn, ausgeschlagen und jemand beschädigt. Hier hat der Beschädigte und seine Erben die actio de pauperie — und zwar, wenn ein vierfüssiges Thier den Schaden angerichtet hat, directe, ausserdem utiliter, — gegen den Eigenthümer, so wie gegen dessen Erben und Nachfolger *w*); ingleichen gegen denjenigen, der sich für den Eigenthümer des Thiers ausgegeben (qui liti se obtulit) *x*), oder selbiges betrügerisch zu besitzen aufgehört hat *y*). Beklagter ist, wer zur Zeit der Klagstellung Eigenthümer des Thiers ist, („noxa caput sequi-

---

*v*) M. G. Wernher lectiss. comment. ad dig. Lib. IX. tit. 1. §. 5. Thibaut's System des P. R. II. §. 979.

*w*) L. 1. §. 17. D. si quadrupes paup. fec. dic. (9, 1.)

*x*) L. 17. D. de interrogat. (11, 1.)

*y*) L. 12. L. 21. pr. L. 24. L. 26. §. 1. L. 39. pr. D. de noxal. act. (9, 4.)

tur") z). Ist das Thier vor der Streiteinlassung umgekommen, oder hat der Eigenthümer sonst bona fide es zu besitzen aufgehört, so ist er von der Klage frei a). Das Klagpetitum ist wie das darauf erfolgende Urtheil alternativ, indem es

auf Ersatz des Schadens oder auf Abtretung des Thiers das den Schaden verursacht hat,

gerichtet ist b). Doch fällt die Wahl des Beklagten weg, und er kann nicht verlangen, daß der Kläger das Thier um den Schaden annehme (noxae deditio), wenn er das Eigenthum des Thiers arglistig in Abrede gestellt hat c). Daß sich unter andern der Beklagte auch der, im übrigen immer wirksamen Einrede: der Kläger habe den Schaden durch eigene Schuld erlitten, in manchen Fällen, wo das Thier auch wider seine Art geschadet hat, wird bedienen können, leidet keinen Zweifel. Es ist immer unvorsichtig, dem Ochsen bei dem Kopf und dem Pferde bei dem Schwanze sich zu nähern, oder einen fremden Hund hinter den Ohren zu kratzen.

Bisher war von dem Fall die Rede, da ein Thier wider die Natur seiner Art geschadet hat. Hat das Thier, indem es seinem gewöhnlichen Naturtrieb folgte, also durch Abweiden oder Wegfressen einen Andern beschädigt, so kommt es vor allen darauf an, ob dieß mit Zuthun des Eigenthümers geschehen, oder nicht. Ist ersteres der Fall, hat der Eigenthümer sein Vieh auf des Andern Grundstück zur Weide getrieben, so findet nicht die a. de pauperie, sondern de pastu

z) L. 1. §. 12. h. t.

a) L. 1. §. 13, 16. si quadrupes. L. 21. pr. L. 24. L. 26. §. 4. de nox. act. (9, 4.)

b) pr. J. si quadrupes paup. (4, 9.)

c) L. 1. §. 15. D. h. t.

Anwendung gegen den Eigenthümer des Thiers, oder wenn er sich dazu eines Hirten bedient hat und durch dessen Schuld der Schade angerichtet worden, nur subsidiarisch, falls der Hirt, der mit der aquilischen Klage anzugreifen war, den Ersatz zu leisten unvermögend ist *d*). Hat das Thier nicht durch Weiden auf fremdem Grunde, sondern durch Wegfressen fremder Sachen auf dem eignen Grunde seines Herrn und aus dessen Schuld geschadet, so muß der Beschädigte sich der a. in factum bedienen *e*). Dieß wäre also der Fall, wenn ich die auf meinen Grund gefallenen Früchte des Nachbars, ehe er sie auflas, durch meine Schweine hätte wegfressen lassen; denn hier ist von keinem eigentlichen Treiben zur Weide die Rede. Ist der Schade durch Weiden oder Abfressen ohne Zuthun des Eigenthümers geschehen, so ist keine Ersatzforderung zulässig *f*). Doch muß dem Eigenthümer des Thiers auch kein Versehen zur Last liegen. Dieß wäre der Fall, wenn sich ein Pferd losgerissen und im Zustande der Freiheit Weide gesucht hätte. Hier ist es billig, daß der Eigenthümer den Schaden ersetze. Man kann, wenn man will, als Grund annehmen, daß das Thier durch Losreißen, wider die Natur seiner Art sich bezeigt hat, oder natürlicher: weil in der Regel wenigstens anzunehmen seyn wird, daß eine Verschuldung des Eigenthümers hiebei concurrirt habe. Uebrigens findet bei der actio de pastu und in factum (wegen Wegfressenlassens) die Wahl zwischen Schadensersatz und Abtretung des Thiers keine Anwendung.

Haben die Thiere zweier Eigenthümer ohne Anreitzung einander beschädigt oder im Kampf mit einander

---

*d*) Hommel Rhaps. V. obs. 633.

*e*) L. 14. §. 3. D. de praescr. verbis (19, 5.)

*f*) L. 52. §. 2. ad L. Aquil. (9, 2.)

sonst Schaden gebracht, so findet gegen den Eigenthümer des angreifenden Thiers die a. de pauperie, wenn aber das beschädigte Thier selbst das angreifende war, oder nicht auszumitteln ist, welches angegriffen hat, gar keine Klage Statt *g*).

## §. 152.

### C) Schadenszufügung durch leblose Gegenstände.

Hat durch Schuld eines Menschen eine leblose Sache jemanden beschädigt, so wird die a. L. aquiliae gebraucht. Ist daher durch Schuld des Baumeisters die Mauer meines Hauses eingestürzt und hat Menschen, Thiere oder leblose Sachen beschädigt, so haftet der Baumeister aus dem aquilischen Gesetz zum Ersatz. Concurrirt aber keines Menschen Schuld dabei, also in dem angeführten Beispiele bei dem Einsturze der Mauer, so kommt es darauf an, ob dieselbe auf die öffentliche Straße gefallen ist, oder auf den Grund des Nachbars. Die Beschädigung, die im erstern Falle jemanden widerfährt, gibt diesem keinen Anspruch auf eine Entschädigungsklage. Es hat daher, wenn ein Ziegel vom Dache fällt und einen Vorübergehenden verletzt, dieser keinen Ersatz zu gewärtigen *h*). Aber auch im letztern Falle, wo der Einsturz in des Nachbars Grund hinein erfolgt ist, hat der beschädigte Eigenthümer eine Entschädigungsklage nur dann, wenn er sich für das Eintreten des wahrscheinlichen Schadens eine cautio damni infecti aufrecht machen ließ, wovon im folg. Kapitel.

---

*g*) L. 1. §. 11. si quadrupes. Voet comment. ad pand. Lib. IX. Tit. 2. §. 5.

*h*) L. 5. §. 2. D. ad L. aquil. (9, 2.) Hommel l. c. VI. obs. 705. Thibaut's civ. Versuche II. S. 223.

Digitized by Google

## §. 153.

### Schlußerinnerung.

Bei keinem Kapitel dieſer Abhandlung hat der Verfaſſer vielleicht beſonders von Seiten gewiſſer Practiker mehr den Vorwurf einer unpractiſchen Behandlung zu befürchten, als bei dieſem, und er findet daher für nöthig, nachtragsweiſe zu dem ſchon in der Einleitung Geſagten hier noch Einiges zu bemerken. Man wird fragen: wozu dieſe Subtilitäten, dieſes Aufſuchen von Verſchiedenheiten unter den Entſchädigungsanſprüchen? Wozu dieſe mancherlei Klagarten, die, — ſo wird man vielleicht meinen, — längſt zur Antiquität geworden und in foro von keinem Gebrauche mehr ſind? Hätte ſich nicht das Ganze weit einfacher und „practiſcher" faſſen laſſen, da ja doch bei jeder Schadensklage der Zweck und das Geſuch auf Eines hinaus geht, nämlich Erſatzleiſtung? — Hierauf antworte ich — und was hier geſagt wird, mag zugleich auch von der Betrachtung mancher anderer Klagen gelten, wo der Rechtsgeſchäftsmann vielleicht eine unnütze Spitzfindigkeit und Haarſpaltung finden möchte —: allerdings iſt der Zweck und ſo denn auch das Petitum bei den verſchiedenen hier abgehandelten Schadensklagen in ſo fern gleich, daß bei einer jeden Erſtattung des angerichteten Schadens cum omni causa gefordert wird. Aber ſo wie der Zweck einer Klage und ihr Grund überhaupt verſchiedene Dinge ſind, ſo zeigt ſich die Verſchiedenheit namentlich hier in Anſehung des Grundes einer jeden der mancherlei hier abgehandelten Entſchädigungsklagen, bald mehr bald weniger, auch abgeſehen von der Pönalität und von der Steigerung nach Quoten des Betrags (in duplum, triplum, quadruplum); Verhältniſſe die freilich bei uns nicht mehr Anwendung finden. Die Verſchiedenheit der

Klagen nach ihrem Grund, und daß man durchaus nicht mit einer Klage auskommen kann, ob mich Cajus unmittelbar oder sein Thier, oder seine eingefallene Mauer ꝛc. beschädigt, leuchtet schon darum ein, weil es nicht genug ist, zu sagen, daß ich Schaden erlitten, und darum Ersatz verlange, sondern warum ich ihn verlange; welchen Rechtssatz ich zur Begründung meiner Klage gebrauchen will. Das ist ja aber die Klage (Einl. §. 3 ff.), deren Name eben den anschlagenden Rechtssatz andeutet. Verlange ich also Schadensersatz, weil des Beklagten Thier, das mich beschädigt hat, ein wildes Thier ist, das er unbefugt hält, so klage ich ex edicto aedilitio, weil dieses das Gesetz ist, das ihn verantwortlich macht. War er befugt, dergleichen Thier zu halten, er hat es jedoch schuldbarer Weise entweichen lassen, so muß ich mich auf eine andere rechtliche Bestimmung berufen, nämlich auf das aquilische Gesetz. Anders sind wiederum die Fälle, wenn ein zahmes Thier den Schaden angerichtet hat, und zwar weil es gereitzt worden, ohne Zuthun des Eigenthümers, oder ohne gereitzt zu seyn, wider die Natur seiner Art mich beschädigt hat. Denn die Gesetze machen, wie wir gehört haben, hier verschiedene Modificationen rücksichtlich der Ersatzverbindlichkeit. Ob nun der Kläger seinen Anspruch auf diese oder jene gesetzliche Bestimmung baut, dieses oder jenes factische Verhältniß in seiner Verbindung mit der anschlagenden Rechtsregel geltend macht, — und zwar entweder aus dem wörtlichen Inhalt eines Gesetzes, oder mit analoger Anwendung desselben, — das soll eben aus der gewählten Klage sich zu erkennen geben. Auch zeigt sich der Unterschied der Klagen in der Art, wie der Beschädiger bisweilen durch Hingabe des Thiers für den Schaden Ersatz zu leisten befugt ist. Ebenso zeigt sich diese Verschiedenheit schon im practischen Leben,

Digitized by Google

je nach dem mich jemand durch Weiden auf meinem Grundstück, oder dadurch beschädigt hat, daß er die auf seinen Grund gefallenen Früchte meines Baumes, die ich aufzulesen befugt war, durch seine Schweine hat wegfressen lassen. Denn schon im gemeinen Leben würde man nicht sagen: ich klage gegen meinen Nachbar, weil er die in seinen Hofraum übergefallenen Früchte durch seine Schweine hat abweiden lassen; man sagt, er hat mir mein übergefallenes Obst wegfressen lassen. Selbst unsere modernen Gesetzbücher unterscheiden genau die verschiedenen Fälle der Schadenszufügung. Man vergleiche nur das preuß. allg. L. R. im 6. Titel des I. Theils. Wo sie nicht so genau distinguiren, thun sie es aus einer oft nur zu weit getriebenen Scheu vor der Casuistik, sie setzen aber voraus, daß der Richter nach Umständen von selbst distinguiren werde, und dann kommen wir doch wieder dahin, daß die verschiedenen Klagen eben

nichts anders, als technische Bezeichnungen verschiedener Rechtssätze und Regeln sind.

Cajus hat *diese* oder *jene* Klage, heißt also, um es noch einmal zu wiederholen, nichts anders als: aus diesem oder jenem Gesetze steht ihm ein klagbarer Anspruch zu, weil dieses oder jenes factische Verhältniß eintritt, womit das Gesetz eine gewisse rechtliche Folge zu seinem Vortheile verbindet; — oder: es steht ihm *keine* Klage zu, weil die Gesetze mit diesem oder jenem factischen Verhältniß eine rechtliche Folge zu seinem Vortheile nicht verbinden.

---

Drittes

# Drittes Kapitel.

## Rechtsmittel zur Schadensabwendung und zur Sicherung der Ersatzleistung.

### §. 154.

Zusammenhang.

So lange ein für schädlich ausgegebenes Unternehmen, namentlich das eines neuen Gebäudes noch nicht begonnen hat, der Bauende also erst damit umgeht, den Bau vorzunehmen, und aus den etwa vorläufigen Aeußerungen des Nachbars Hindernisse besorgt; oder auf der andern Seite, wenn der Nachbar aus gewissen Voranstalten abnimmt, daß der Andere einen ihm nachtheiligen Bau beabsichte, — kann Jedem von Beiden daran liegen, in Zeiten ihr Rechtsverhältniß vor dem Richter geordnet zu wissen, um späteren größern Verlegenheiten und Verwickelungen zuvorzukommen. Dieß kann nun nach Gelegenheit durch die Negatorien- oder Confessorienklage oder auch durch eine provocatio ad agendum geschehen; anders, wenn das schädliche Unternehmen schon begonnen hat.

Um den Schaden, den uns ein auf fremdem unbeweglichen Eigenthum gemachtes Unternehmen droht, abzuwenden, oder wenigstens die Ersatzleistung dafür zu sichern, sind gewisse Rechtsmittel gegeben, von welchen in diesem Kapitel gehandelt werden soll. I. Die einen gehen zunächst auf Abwendung eines durch ein dergleichen Unternehmen (opus) erst noch zu befürchtenden, oder auch theilweise schon entstandenen Schadens und



Digitized by Google

gar nicht oder nur secundär auf Ersatzleistung. Hieher gehört: 1) die operis novi nunciatio, wodurch man die Fortsetzung eines solchen Unternehmens wenigstens bis zu ausgemachtem Recht verhindern; 2) das interdictum quod vi aut clam, womit man solchen Unternehmungen, wenn sie auch schon vollendet sind, besonders wegen ihrer Form (weil sie gewaltsam oder heimlich gemacht worden) begegnen kann; 3) die aquae pluviae arcendae actio, welche den eines solchen opus wegen von Regenwasser zu besorgenden Schaden an Feldstücken betrifft. II. Die andern gehen nur mittelbar auf Schadensabwendung, eigentlich und zunächst aber auf Sicherung der Ersatzleistung für einen künftigen Schaden. Dieß ist der Zweck 1) der cautio damni infecti, so weit sie vornämlich für den aus einem fehlerhaften Bau oder einem ruinosen Gebäude zu befürchtenden Schaden gefordert werden kann, so wie 2) des deutschrechtlichen Instituts der Pfändung; des letzteren wenigstens nebenbei, indem es auch den Beweis der schädlichen Handlung bezielt. Von diesen verschiedenen Mitteln soll nun in den nächstfolgenden §§. gehandelt werden, wobei man übrigens nicht übersehen wird, daß einige von den Gegenständen derselben nach heutiger Praxis, und den bestehenden Ressortbestimmungen gemäß, mehr zur polizeilichen Cognition und Remedur sich eignen. Einige von den Handlungen der bezielten Kategorie sind nämlich von der Art, daß sie, wie Bauunternehmungen, überhaupt nicht von Statten gehen dürfen ohne polizeiliche Erlaubniß, deren Ertheilung mit Sachuntersuchung erfolgt, mithin der schädlichen Willkühr und Eigenmacht ohnehin ein Ziel steckt, so daß einer Zuwiderhandlung die Ahndung selbst unaufgefordert von der öffentlichen Behörde auf der Stelle folgt; andere haben das Eigene, daß sie mehr oder weniger

Digitized by Google

in der Form von s. g. Freveln auch das öffentliche Interesse berühren, und darum der Polizeigewalt heimfallen.

## §. 155.

### Die operis novi nunciatio.

Wer sich durch ein Bauunternehmen d. h. durch die Errichtung eines Gebäudes oder durch irgend eine Vornahme an einem solchen, wodurch dessen Gestalt verändert wird *i*) in einem ihm zustehenden Rechte gekränkt oder mit einem Schaden bedroht glaubt *k*), hat in der operis novi nunciatio ein Mittel, den Unternehmer zu nöthigen, daß er seinen Bau sofort einstelle, bis über seine Befugniß zu demselben rechtlich entschieden ist *l*). Dieses Mittel bestund bei den Römern in einer auffergerichtlichen Mahnung, von dem Bauvorhaben abzustehen, welche mündlich, im Angesichte des Werkes geschah *m*). Ob den Römern auch eine O. N. N. judicialis bekannt war, ist noch streitig; für ausgemacht dagegen gilt jetzt, daß die Annahme einer O. N. N. privata realis durch die symbolische Handlung des lapilli jactus nur auf einem Mißverständnisse der Quellen beruht *n*). — Wir kennen nur die gerichtliche Nunciation mittelst Extrahirung eines richterlichen Verbots *o*), wenn schon derselben eine Art von Privatnunciation voraus zu gehen pflegt, sofern nämlich als

*i*) L. 1. §. 11. 13. de O. N. N. (39, 1.)

*k*) L. 1. §. 16. 17. eod. *l*) L. 1. pr. eod.

*m*) L. 5. §. 4. eod.

*n*) Mühlenbruch doctr. pand. II. §. 463. not. 8. Thibaut's System §. 322. not. i.

*o*) Mühlenbr. l. cit. not. 21. und die dort Angeführten.



Digitized by Google

es eben so natürlich, als der allgemeinen rechtlichen und sittlichen Ordnung gemäß ist, seinen Gegner erst anzusprechen, ehe man den Richter angeht. Der vermeintlich durch den Bau Beeinträchtigte erklärt also dem Bauunternehmer vor allen, daß er den Bau nicht leide, äussert auch wohl gegen die gebrauchten Werkleute, daß sie bis auf weiteres inne halten möchten. Auch in so fern ist diese Privatnunciation, wenn man sie so nennen will, noch zweckmäßig, als dadurch, zumal wenn der Nunciant sie in Gegenwart von Zeugen macht, zugleich der Beweis bewirkt wird, wie weit das Unternehmen zur Zeit des eingelegten Widerspruchs gediehen war *p*).

In dem Gesuch um jenes richterliche Verbot muß der Nunciant genau angeben, in wiefern und aus welchen Gründen er sich durch den Bau für beschwert erachte, diese Gründe bescheinigen und unter Erbieten zum Calumnieneide bitten:

> dem Impleraten, bis seine Befugniß dazu rechtlich ausgemacht sey, das Fortbauen bei Strafe des Wiedereinreißens zu verbieten.

Befugt zu nunciiren ist der Eigenthümer, der Emphyteuta, der Superficiar und der besitzende Pfandgläubiger des Immobile, zu dessen Nachtheil angeblich das opus gereicht *q*); der Usufructuar kann nur als Stellvertreter des Proprietars, diesem selber aber nie nunciiren; gegen diesen steht ihm bloß die Klage aus seinem Servitutrecht zu *r*). Uebrigens konnte auch schon bei der römischen aussergerichtlichen Nunciation nur ein solcher

---

*p*) Vergl. L. 8. §. 1. et 4. h. t.

*q*) L. 1. §. 19. L. 3. §. 3. L. 9. h. t. L. un. §. 3. D. de remiss. (43, 25.)

*r*) L. 1. §. ult. L. 2. h. t. L. 1. §. 4. de remiss.

Digitized by Google

sie ergehen lassen, welcher sich durch seine Handlungen zu verpflichten im Stande ist, weil er eventuell für den durch eine unzulässige Nunciation verursachten Schaden haften muß *s*). — Von Seiten des Nunciaten kommt es auf ein Recht am Boden nicht an; die Nunciation geschieht jedem mit Wirkung, in dessen Namen der Bau geführt wird *t*).

Das richterliche Verbot, welches auf ein in der oben angegebenen Weise angebrachtes Gesuch der Natur der Sache nach unverzüglich erfolgen muß, verpflichtet nun den Nunciaten, ohne Rücksicht auf seine etwaige Berechtigung, auf der Stelle mit dem Bauen einzuhalten; es wäre denn, daß er sogleich darthun könnte, daß bei Aussetzung seines Unternehmens Gefahr auf dem Verzug hafte *u*). Da aber der Nunciat, wie sehr auch aus den Umständen die Unstatthaftigkeit seines Unternehmens zu folgen scheint, dennoch rechtliches Gehör verlangen kann, so wird mit dem Mandatum inhibitorium die Citation verbunden, nämlich ein Termin zur summarischen Verhandlung der Sache (ad justificandam nunciationem) anberaumt und der Impetrat unter dem Präjudiz hierzu vorgeladen, daß im Nichterscheinungsfalle die Nunciation als gerechtfertigt erachtet und somit ihm das Bauunternehmen definitiv untersagt werden würde. Am zweckmäßigsten wird die Instruction der Sache an Ort und Stelle in Verbindung mit dem nothwendigen Augenschein vorgenommen. Nach dem Befund derselben erfolgt nun die richterliche Entscheidung, ob dem Bauenden sein Vorhaben nunmehr definitiv zu verbieten, das provisorische Verbot also zu bestätigen, oder jenes unbedingt, oder gegen Aufrechtmachung einer Cau-

*s*) L. 5. pr. h. t.
*t*) L. 18. §. 1. h. t.
*u*) L. 5. §. 13. eod.

Digitized by Google

tion de opere novo eventualiter demoliendo et restituendo zu gestatten sey. Nach älterem R. R. konnte der Nunciat durch das Anerbieten einer solchen Caution sofort die Remission der Nunciation d. h. die Erklärung, daß diese nicht Statt finde, erwirken *v*). Nach dem Recht des Coder *w*) braucht jedoch der Nunciant eine Caution vor Ablauf von drei Monaten nach begonnenem Streit nicht anzunehmen, was aber in der Praxis nicht so genau genommen werden dürfte, wenn anders die Sache überhaupt sich zur Cautionsleistung eignet, und nicht aus der Fortsetzung des Baues ein unersetzlicher Schade entsteht, wobei es denn also hauptsächlich auf das richterliche Ermessen ankommen wird *x*).

Ist dem Nunciaten das Fortbauen richterlich untersagt, so kann sich der Nunciant gegen den verbotswidrig fortbauenden Nunciaten des int. demolitorii s. restitutorii bedienen *y*), womit er darauf anträgt:

> Imploraten für schuldig zu erkennen, was er wider das richterliche Verbot gebauet, auf seine Kosten wieder einreißen zu lassen, und dem Imploranten allen dadurch verursachten Schaden zu erstatten.

Gegen die Erben geht dieses Interdict, so weit sie bereichert sind *z*). Gegen den dritten Besitzer, der nur „patientiam destruendi debet", geht das Gesuch dahin:

> daß, was gegen das richterliche Verbot gebaut worden, dem Nuncianten auf seine eigenen Kosten wieder einreißen zu dürfen, gestattet werde *a*).

---

*v*) L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 20. u. 21. D. h. t.

*w*) L. un. C. eod. (8, 11.)

*x*) Mev. P. II. dec. 180. P. III. dec. 380.

*y*) L. 20. pr. §. 1. sqq. *z*) L. 20. cit. §. 8. *a*) L. 22. 23. h. t.

Digitized by Google

Ist aber dem Nunciaten das Fortbauen nachgelassen worden, so kann dieser gegen weitere Störungen in seinem Unternehmen von Seiten des Nuncianten ein vom Prätor eigens hiefür gegebenes int. prohibitorium („quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto") *b)* gebrauchen.

Wie aber auch der richterliche Ausspruch auf jene summarische Cognition über die Statthaftigkeit der Nunciation oder der angebotenen Caution ausfallen mag, immer bleiben beiden Theilen die Klagen aus ihrem behaupteten Recht zur Hinderung oder zur Vollführung des beabsichteten Baues unbenommen *c)*. Im gewöhnlichen Leben wird die Klage mit dem Gesuch um Inhibition cumulirt werden, indem der Kläger seiner Hauptklage das Gesuch anhängt, bis zu entschiedener Sache Beklagtem das Fortbauen zu untersagen. Das cumulirte Gesuch geht somit dahin:

> zu erkennen, daß der Beklagte den beabsichteten Bau aufzuführen nicht befugt, daher derselbe (je nach der Intention des Klägers) schuldig ꝛc. ꝛc. — — da aber, wie in der Klage bemerkt, Gefahr auf dem Verzug haftet, dem Beklagten das Fortbauen bis auf weiteres bei Strafe zu verbieten.

Hat der Nunciant auf die Inhibition angetragen, ohne zugleich die Hauptklage anzustellen, so kann ihn der Nunciat entweder ad agendum provociren, und zwar unter dem Rechtsnachtheil der Aufhebung der Inhibition, nach Umständen Freigebung der aufrecht gemachten Caution, und Auflegung eines ewigen Stillschweigens, oder er kann selbst hauptsächlich als Kläger auftreten, und so seine Baubefugniß klagend verfolgen.

Die heutigen Baupolizei-Gesetze und Einrichtungen

---

*b)* L. 20. §. 9. h. t. *c)* L. 19. h. t.

Digitized by Google

lassen von der novi op. nunc. nach der bisherigen Darstellung wohl nur selten Gebrauch machen. Wer einen Bau unternimmt, muß sich zuerst an die Polizeibehörde wenden, und mit Vorlegung von Grund- und Aufrissen, besonders auch von Situations-Planen, woraus die Stellung des Baues gegen die Nachbarn zu ersehen ist, um die Genehmigung seines Vorhabens nachsuchen, es mag übrigens von einem Bau in der Stadt oder auf dem Lande die Rede seyn. Da die Genehmigung erst praevia causae cognitione, namentlich nach Vernehmung der wahrscheinlich betheiligten Nachbarn mit ihren etwaigen Erinnerungen dagegen erfolgt, so werden alle Irrungen und Weitläufigkeiten schon von vorn herein beseitigt. Gerichtliche Baustreitigkeiten entstehen daher gewöhnlich nur vor dem Anfange des Bauens, namentlich, was Nachbarn betrifft *d*), über das bestrittene Recht und die bezielten Modalitäten der Bauführung überhaupt, weniger darüber, daß der Bau ordnungs- und planwidrig begonnen. Denn hier macht es die Polizei kurz; der Bauende muß den eigenmächtig wider den genehmigten Plan aufgeführten Bau demoliren, und die Werkmeister, die es sich herausgenommen, den Bau gegen den Riß aufzuführen, werden noch besonders gestraft.

## §. 156.

### Das interdictum quod vi aut clam.

Dieses Interdict *e*) ist gegen jede Unternehmung an einer, an sich oder durch Cohärenz, unbeweglichen Sache

*d*) Von Baustreitigkeiten zwischen Bauherren und Werkmeistern ist hier ohnehin die Rede nicht.

*e*) Tit. D. quod vi aut clam (43, 24.)

gerichtet, wodurch auf gewaltsame oder heimliche und versteckte Weise eine schädliche Neuerung bewirkt wird, es mag im übrigen der Handelnde dazu ein Recht haben oder nicht. Er soll sein Recht wahren, nicht dadurch daß er selbst auf Unrecht sinnt *f*). Als gewaltsam gilt hier jedes Unternehmen, das gegen den ausdrücklichen, — als heimlich jedes, das gegen den vernünftigerweise zu vermuthenden Widerspruch des Betheiligten ins Werk gesetzt wird *g*). Dieses Klagmittel gewährt einen sehr vielseitigen Gebrauch. Es ist gegen jede Veränderung oder Neuerung der bemerkten Kategorie gerichtet, die durch Bauen, Einreißen, Wegnehmen, Hinzuthun, oder wie sonst immer dadurch, daß etwas gemacht wird, was vorher nicht da war, oder zerstört, was vorhanden gewesen, bewirkt wird, und einem Andern zum Schaden gereicht. Auf den Ort, ob nämlich derselbe öffentliches oder Privateigenthum, und dieses dem Unternehmer zusteht oder einem Andern, kommt übrigens nichts an *h*). Unternehmungen dieser Art kommen besonders bei dem Landbau vor, indem man sich mit dem Schaden des Nachbars einen Vortheil zu verschaffen sucht, oder auch wohl bloß eine Kränkung desselben beabsichtet. Mein Nachbar macht auf seinem Grund einen Graben oder eine sonstige Vertiefung, wodurch die Mauer meines anstoßenden Gartens an Haltbarkeit verliert; er legt eine Mistgrube in der Nähe meines Schöpfbrunnens an; er schmälert den Grenz- und Feldrain zwischen unsern Aeckern durch allmähliches Abpflügen; er treibt die lebendige Hecke zwischen unsern

*f*) L. 1. §. 2. in fine h. t.

*g*) L. 1. §. 5. sqq. L. 5. §. 7. L. 3. §. 7, 8. L. 4. h. t. L. 73. §. 2. de R. J. (50, 17.)

*h*) L. 7. §. 8. L. 20. §. 5. h. t.

beiderseitigen Grundstücken durch starkes Beschneiden und durch Weghauen der Wurzeln nach und nach immer mehr auf meine Seite, um mehr Land zu gewinnen u. dgl. Auch durch schädliche Anlagen an Flüssen, wodurch dem Laufe des Wassers eine Richtung gegeben wird, die auf des Nachbars Grund einen Uferabbruch verursacht u. s. w. kann ein solches Unternehmen gemacht werden.

Der Zweck der Klage, — die mit dem daraus entstehenden Prozesse freilich in vielen Fällen durch eine rege und umsichtige Dorf- und Feldpolizei zu verhüten und der Streit durch die s. g. Abwandelung als Frevel einfach abzuthun seyn wird, — ist Wiederherstellung des vorigen Zustandes der Sache, (das Interdict ist ein restitutorisches), oder sofern dieß nicht möglich ist, Vergütung des Interesse, zu welchem Ende der Kläger zum jusjurandum in litem zugelassen zu werden verlangen kann *i*). Dieß, daß eine Restitution nicht möglich ist, wäre z. B. der Fall, wenn A. seine Waldung, welche an die des B. grenzt, und dieser zum Schutze gegen den Sturmwind gedient hat, und forstwirthschaftlich dienen soll, ordnungswidrig, während sie vielleicht noch gar nicht schlagbar war, abgehauen hätte. Die Klage steht dem Eigenthümer des benachtheiligten Immobile zu, oder wer sonst wegen eines dinglichen oder auch bloß persönlichen Rechts *k*), es sey als Nutznießer, Pächter ꝛc. ein Interesse hat, 1) gegen den Urheber des schädlichen Unternehmens, und wenn deren Mehrere sind in solidum, unbedingt auf Restitution, so weit als es möglich ist, und Erstattung des vollen Interesse; 2) gegen die Erben ebenfalls auf Restitution, auf das Interesse aber nur so weit, als

*i*) L. 15. §. 9. h. t. *k*) L. 12. L. 13. pr. L. 19. h. t

sie bereichert sind *l*), 3) gegen einen dritten Besitzer aber überhaupt nur so weit, daß derselbe geschehen lassen muß, daß der Kläger die Wiederherstellung des vorigen Zustandes auf eigene Kosten bewirke *m*).

Das Interdict findet nicht Statt: a) wenn der Beklagte die Unternehmung zur nothwendigen Erhaltung seiner Sache gemacht hat *n*). Er hat dem Wasserlauf auf seinem Grund eine andere Richtung gegeben, weil es ihm in seinen Keller gelaufen. Hat er dadurch auch dem Nachbar eine Wässerung geschmälert oder entzogen, so hat dieser deßhalb kein Klagerecht. Ferner ist die Klage unzulässig, b) wenn das Unternehmen zur Verbesserung der Cultur gemacht worden *o*), so wie c) nach eingetretener Verjährung, d. h. nach Ablauf eines Jahrs, vom Tage der Vollendung des Unternehmens, oder wenn es unvollendet liegen geblieben, von da an, oder wenn das Werk von der Art ist, daß der Gegentheil davon nicht sofort Kenntniß erlangen konnte, von Zeit deren Erlangung an *p*). Endlich fällt die Klage weg, d) wenn gegenseitig dergleichen Neuerungen zu Schulden gebracht worden, und so eine Compensation eintritt. Dabei findet jedoch, so wie überhaupt bei dieser Klage, das richterliche Ermessen einen erweiterten Spielraum *q*), indem hier nicht immer nach den Forderungen des strengen Rechts verfahren und geurtheilt werden kann, was sich rechtfertigt durch die Natur der Sache, nämlich durch

---

*l*) L. 15. §. 3. eod.

*m*) Tertius patientiam tollendi tantum debet. L. 16. §. 2. eod.

*n*) L. 7. §. 4. h. t.

*o*) L. 7. §. 7. h. t.

*p*) L. 15. §. 4 — 9. eod.

*q*) Lauterbach in coll. theor. pract. ad h. tit. §. 7.

Digitized by Google

die nach den Umständen des Falles sich normirenden Verhältnisse, die häufig nur nach billigen Erwägungen zu reguliren sind *r*).

Diese Klage ist in gewissen Fällen vortheilhafter als das im übrigen durch seine längere (30jährige *s*)) Dauer vorzüglichere interdictum ex operis novi nunciatione, indem dieses bei einem zu Stande gebrachten neuen Werk nur demolitorium und restitutorium ist, folglich keine Anwendung findet, wo die Restitution unmöglich oder schwierig ist, weil es nicht auf das Interesse geht, wie die gegenwärtige Klage. Auch ist es vortheilhafter als die actio L. aquiliae, da diese im ordentlichen Prozesse zu verhandeln ist.

## §. 157.

### Die aquae pluviae arcendae actio.

Die Abwendung eines Schadens von einem praedium rusticum, der deßhalb zu besorgen ist, weil aus Ursache einer nicht zu rechtfertigenden künstlichen Vorrichtung (opus manu factum) des Beklagten der sonstige unschädliche Ablauf des Regenwassers gehindert wird, ist der Zweck dieser Klage, womit die Entfernung jener Vorrichtung und die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, oder wo dieses nicht angeht, Sicherheitsbestellung für die besorgliche Gefahr beantragt wird. Es ist aber von dieser Klage und den mit ihr zusammentreffenden Rechtsverfolgungs-Mitteln schon in der Einleitung §. 9. und 10. gelegenheitlich gehandelt worden,

---

*r*) L. 15. §. 7. 8. h. t. Ueber die von dem Richter hiebei zu beobachtenden Maximen s. Mev. ad J. Lub. P. III. Tit. 12. art. 3. n. 4 sq. u. art. 7. n. 41 sqq.

*s*) L. 20. §. 6. de O. N. N. (39, 1.)

worauf sich also hier, um Wiederholungen zu vermeiden, bezogen wird.

## §. 158.

Von der cautio damni infecti und den zur Bewirkung derselben dienenden Rechtsmitteln.

Die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung für einen besorglichen Schaden kann bei verschiedenen Veranlassungen zur Sprache kommen, namentlich da, wo man auf fremdem Grund und Boden eine Arbeit vorzunehmen befugt, dabei aber für einen dem Eigenthümer dadurch verursacht werdenden Schaden zu haften verbunden ist; oder wenn man auf eigenem Grund ein dem Nachbar Nachtheil drohendes Werk unternimmt. Fälle dieser Art sind bisher gelegenheitlich schon mehrere und zwar ausser dem Fall der operis novi nunciatio (§. 155.), namentlich Seite 25 ff. 129, 197, 198, 234, 237 berührt worden. Vorzugsweise gehört aber diese Sicherheitsleistung dem hier zu behandelnden Gegenstand an, wo ein Schade aus einem fehlerhaft errichteten oder bußwürdigen Bauwerk, oder auch aus einem sonstigen Werk zu besorgen ist, es sey auf städtischem oder ländlichem Grunde. Dieß wäre also unter andern der Fall, wenn der Nachbar so nahe und tief an meine Mauer grübe, daß sie ihre Grundfeste verlöre, wohin aber nicht der Fall zu rechnen ist, wenn ich mir auf dem Meinigen einen Brunnen grabe, und dadurch meinem Nachbar das Wasser in seinem Brunnen entzogen wird, indem man hier annimmt, daß ich mich nur meines Rechts bediene *t*). Ersteres würde auch eintreten, wenn ein Grundstückbesitzer einen

*t*) L. 19. §. 1. L. 24. §. ult. de damno infecto (39, 2.)

Uferbau vernachlässigte und dadurch den Angrenzer der Gefahr eines Uferabbruchs aussetzte.

Es gibt Beschädigungen, woraus keine Klage auf Ersatz für den Beschädigten entsteht, und dieses ist namentlich der Fall, wenn meines Nachbars ruinoses Gebäude einstürzt, und mir dadurch ein Schade zugefügt wird. Der Eigenthümer des Schaden bringenden Gebäudes ist nicht einmal verbunden, die Ruinen wegzuschaffen, wenn er nur das Eigenthum von allen *u)* auf das Meinige gefallenen Gegenständen aufgibt. Will er dieß nicht, so muß er sich gefallen lassen, daß ich an den Ruinen ein Retentionsrecht ausübe, bis er mir den Schaden vergütet, und hiernächst alles, auch den ihm unnützen Schutt, wegschafft. Da es begreiflich leicht geschehen kann, daß dem durch den Einsturz des Gebäudes Beschädigten die Rudera einen schlechten Ersatz für seinen Schaden gewähren, so hat das prätorische Recht *v)* dem Bedrohten ein Rechtsmittel zur Abwendung der Gefahr, besonders aber zur Sicherung des Schadensersatzes für den zwar noch nicht erfolgten (infectum) aber zu besorgenden Schaden gegeben. Er kann nämlich verlangen, daß der Eigenthümer eines solchen schadhaften Gebäudes, oder wenn das Eigenthum streitig ist, der Besitzer desselben *w)*, entweder die Reparatur vornehme, oder ihm das Gebäude abtrete, oder für den künftigen Schaden Sicherheit bestelle. Zur Forderung dieser cautio damni infecti ist sowohl der Eigenthümer als jeder befugt, der ein dingliches Recht an der gefährdeten

*u)* L. 6. D. h. t. — Si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat. Er darf also natürlich nicht das, was ihm etwa von den Trümmern ansteht, aussuchen und mir bloß den Schutt lassen.

*v)* L. 7. D. h. t. *w)* L. 39. §. 1. h. t.

Digitized by Google

Sache hat *x*); auch der bloß persönlich Berechtigte ist nicht ausgeschlossen, wenn nur sein Interesse kein kurz vorübergehendes, sondern, wie das eines Miethsmannes, ein mehr dauerndes ist *y*). Der Gegenstand, für den Gefahr besorgt wird, darf nicht widerrechtlich angelegt seyn *z*); auch ist das Cautionsbegehren dann unstatthaft, wenn der Bedrohte auf andere Weise zum Zweck gelangen kann. Ist also die auf mein Haus zu stürzen drohende baufällige Scheune mir und dem Nachbar gemeinschaftlich, so kann ich, wenn dieser in der Reparatur säumig ist, selbige auf gemeinschaftliche Kosten vornehmen, und so den Schaden von mir abwenden. Dann belange ich ihn mit der actio pro socio oder communi dividundo auf Zahlung seiner Kostenrata *a*). — Weigert sich ausser diesen Fällen der Besitzer des ruinosen Gebäudes den gefährdeten Nachbar auf vorstehende Art zufrieden zu stellen, so ist dieser bei dem Richter darauf anzutragen befugt, daß jenem die Caution auferlegt werde. Dieß geschieht mittelst einer bloßen Imploration, wobei sich der Implorant zum Eid vor Gefährde erbietet *b*); doch kann der Befund des von dem Kläger beantragten gerichtlichen Augenscheins den Calumnieneid entbehrlich machen *c*). Der Antrag wird dahin gefaßt:

> der Richter wolle zuvörderst einen Augenschein einnehmen, und da sich daraus die behauptete Gefahr für den

*x*) L. 9. §. 4, 5. h. t.

*y*) L. 13. §. 4 et 5. eod. Lauterbach in coll. ad pand. h. t. §. 10. Schweppe röm. P. R. Bd. III. §. 606. Note 5. (4. Ausg.)

*z*) L. 13. §. 7. h. t. *a*) L. 32. D. eod.

*b*) L. 13. §. 3. h. t.

*c*) Mev. ad jus Lub. P. IV. Tit. 3. art. 4 n. 3. Boehmer de act. Sect. II. c. 11. §. 8. Wernher obs. VII. 69.

Digitized by Google

Imploranten, der überdieß auf Erfordern zum Gefährdeeid bereit sey, ergeben werde, dem Imploraten die Aufrechtmachung einer angemessenen Caution wegen des besorglichen Schadens auflegen.

Die Caution des Eigenthümers des ruinosen Gebäudes kann eine bloß promissorische seyn, (repromissio). Denn es kommt nur darauf an, daß er die Verbindlichkeit zur Ersatzleistung anerkenne. Zu einer Realcaution (satisdatio) ist nur ein dritter Cavent verbunden *d*). Es soll aber auch der Cavent nicht „in infinitum obligatus" gemacht werden; deswegen wird die Dauer der Caution von dem Richter nach den Umständen bestimmt, was jedoch bedürfenden Falles den Antrag auf Erneuerung nicht ausschließt *e*).

## §. 159.

Fortf. Zwangsmaßregeln.

Leistet der Implorat dem richterlichen Befehl keine Folge, macht also weder die Caution aufrecht, noch dieselbe dadurch entbehrlich, daß er entweder mittelst Besserung des schadhaften Gebäudes ꝛc. die Gefahr abwendet, oder dasselbe derelinquiren zu wollen, auf eine unzweideutige Art erklärt, und nach Beschaffenheit seines Eigenthumsrechts an der Sache auch zu einer solchen Veräusserung befugt ist, was demnach freilich nicht anginge, wenn das aufgegeben werden wollende Object ein Theil eines gebundenen Guts wäre: so wird wie überall, wo dem richterlichen Befehl keine Folge geleistet wird, zur Hülfsvollstreckung geschritten. Diese wird wohl h. z. T. auch

*d*) L. 9. §. 4. L. 13. pr. L. 30. §. 1. h. t.

*e*) L. 13. §. fin. L. 15. pr. h. t.

auch hier durch die gewöhnlichen Executionsmittel bewirkt, als: durch Geldstrafen, die denn durch Auspfändung beigetrieben, und bis zur Paritionsleistung verdoppelt werden, oder durch Einlegung des Executors, oder auch durch verfügte Cassirung des gefährlichen Werks, oder Herstellung desselben auf Impetratens Kosten. Nach dem R. R. und dem hiernach auch von der Doctrin vorgezeichneten Verfahren erfolgt der Zwang gegen den Ungehorsamen auf folgende Weise. Es wird nämlich der Kläger auf Anrufen in die Gefahr drohende Sache *immittirt* und zwar nach zwei Graden. Derselbe wird I. neben dem Beklagten in den Besitz gesetzt, (missio in rem), wodurch er aber nicht den juristischen Besitz (46, 11.) sondern nur die *Detention* mit der custodia d. h. mit dem *Recht* der Verwahrung und Verwaltung, und ein prätorisches Pfandrecht erhält *f*). Er kann nun für Rechnung des Eigenthümers die nöthige Reparatur selbst vornehmen, haftet übrigens nur für dolus und culpa lata *g*), und hat zum Schutze seines Immissionsrechts ein eigenes Interdict („ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.") Diese Immission heißt *missio ex primo decreto*. Fährt nun der Beklagte in seinem Ungehorsam gegen den richterlichen Befehl fort, so kommt es nach einigem Zeitverlauf *h*) II. zur *missio ex secundo directo*, wodurch der Kläger das Eigenthum an der Sache, wenn der Gegner wahrer Eigenthümer ist, ausserdem wenigstens den Usucapionsbesitz (§. 46, 7) erlangt. Die Folge ist denn

*f*) L. 10. §. 1. D. de adquir. poss. (41, 2.) L. 1. L. 12. quibus ex causis in poss. eatur (42, 4.) L. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub. tut. (27, 9.)

*g*) L. 15. §. 34. h. t. *h*) L. 15. §. 21. eod.



Digitized by Google

nun auch, daß der Ungehorsame jetzt nicht weiter mit dem Cautionserbieten zugelassen wird *i*).

Für den Schaden, der nach angebrachtem Cautionsgesuch und während der Verhandlung darüber entstanden, kann Ersatz gefordert werden *k*). Hat sich aber der Schade ereignet, ehe die Caution bei Gericht verlangt worden, so fällt der Anspruch auf Schadensleistung weg, wenn anders nicht der Kläger durch Kürze der Zeit oder gesetzliche Abwesenheit sein Recht geltend zu machen verhindert war *l*). Hat der Beklagte Caution bestellt, und der Schade ereignet sich in der Folge, so klagt der Beschädigte mit der actio ex stipulatu damni infecti auf dessen Ersatz.

Heut zu Tage wird entweder gerichtlicher Zwang auf die vorhin bemerkte Weise, oder es werden, und zwar zunächst und gleich von vorn herein, polizeiliche Einschreitungen auf kürzerem Wege zum Zwecke führen, als dieß bei gerichtlicher Behandlung der Sache nach heutiger Verfassung häufig möglich seyn dürfte, indem unsere Richter nicht die Gewalt haben, wie der römische Prätor, und ihr zweckgemäßes Wirken in schleunigen Fällen durch Rechtsmittel mit suspensiver Wirkung zu hemmen, der Chicane so viel Spielraum gelassen ist. Ueberdieß möchte dem der Gefahr ausgesetzten Nachbar mit der Immission in ein auf dem Einsturze stehendes Gebäude häufig nicht viel gedient seyn. Leicht könnte der doppelte Werth der baufälligen Scheune dem Schaden nicht gleich kommen, der mir bevorsteht, wenn dieselbe („dum praetor de danda stipulatione deliberat") einstürzt und mein kostbares Gewächshaus zertrümmert; nicht zu gedenken, daß es dabei auf einen uner-

*i*) L. 15. §. 16. 33. h. t. *k*) L. 15. §. 28. L. 44. pr. eod.
*l*) L. 7. §. 2. L. 8. L. 9. pr. eod.

Digitized by Google

setzlichen Schaden, auf Menschenleben ankommen kann, dem ein ruinoses Gebäude wohl immer Gefahr droht. Hier ist daher gewöhnlich durch Partikularrechte *m*) und Bauordnungen zur Sicherheit des Publikums überhaupt und zur Verhütung eines Unglücks Sorge getragen, und es bedarf also nur der Anzeige bei der Polizeibehörde, wenn diese das Gebrechen nicht selbst wahrnimmt und daher ohne weiters von Amtswegen einschreitet. Ist freilich die besorgliche Gefahr widersprochen, oder wenigstens nicht so nahe, daß die Polizei Abhülfe zu schaffen veranlaßt wäre, oder sind die Modalitäten der Schadensvorbeugung besonders in Beziehung auf Zulänglichkeit bestritten, oder kommen sonst Rechtsfragen zur Sprache, so tritt, unbeschadet der polizeilichen Wirksamkeit bezüglich auf etwa interimistische Anordnungen zur Abwendung aller Gefahr, ohne Bedenken die Competenz der Gerichte ein. Diese verfahren und entscheiden nun, wenn nicht Landesrechte anderweite Bestimmungen enthalten, nach den Vorschriften des röm. Rechts, welches daher keineswegs als unpractisch in dieser Materie angesehen werden darf *n*).

## §. 160.

### Von der Pfändung.

Bei Schadenszufügungen im Landbau, es sey durch Thiere oder auf andere Weise, geschieht es, daß man von einem altdeutschen Rechtsschutzmittel, bekannt unter

---

*m*) Sehr ausführliche Bestimmungen hierüber enthält das preuß. allg. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 37—57.

*n*) Lauterbach colleg. ad pand. h. t. §. 39. sq. Stryk U. M. ad h. t. §. 6. Wernher Obs. P. II. obs. 439.

dem Namen der Pfändung (pignoratio) *o*) Gebrauch macht. Man versteht darunter die eigenmächtige Besitznahme einer fremden beweglichen, lebendigen oder leblosen, Sache (Vieh oder Fahrniß) in der Absicht, sich den Ersatz eines zugefügten Schadens zu versichern, oder künftige Schadenszufügungen und Beeinträchtigungen unseres Rechts abzuwenden. Jede Anmaßung von Befugnissen an fremdem liegenden Eigenthume, die der Eigenthümer nicht gestattet, kann zu dieser Art des factischen Widerspruchs durch das Mittel der Pfändung Anlaß geben. Dergleichen Anmaßungen können ihren Grund haben in der Absicht, ein Recht auf das fremde Grundstück geltend zu machen, wie bei der Ausübung einer Dienstbarkeit; oder man sucht sich einen Vortheil zu verschaffen, wovon man weiß, daß man dazu kein Recht hat, z. B. durch Begehung eines von den mancherlei s. g. Feldfreveln; oder es kann auch die Anmaßung das Werk bloßer Willkühr und Laune seyn, wie in dem Fall, wo der Beschädiger die Bequemlichkeit eines etwas kürzern Weges im Fahren, Reiten oder Gehen höher anschlägt, als die Rücksichten der Schonung des Grauswuchses oder der Weitzensaat des Landmannes.

Der Zweck der Pfändung kann seyn: 1) Sicherung des Ersatzes eines verursachten Schadens; die Pfändung soll ein Mittel der Hülfsvollstreckung gewähren, besonders gegen unbekannte Personen, indem man des Unbekannten Schaden bringendes Thier festnimmt, den unbefugt über unser Grundstück Fahrenden oder Reitenden anhält, ihm etwas von seinen Sachen als

*o*) Carpzov jurispr. for. P. II. const. 27. J. G. Klingner's Samml. zum Dorf- und Bauernrecht Th. II. Kap. V. Leyser in med. Sp. 111. et 595. Hommel Rhaps. IV. obs. 584.

Pfand abfordert und es in Verwahrung nimmt. 2) Auch zur Erhaltung im Besitze, so wie zur Unterbrechung der Verjährung, besonders bei Servituten, ist dieses Mittel dienlich, wenn dabei die gesetzlichen Erfordernisse, vornämlich der Uebergabe des Pfands zu des Gerichts Handen, beobachtet sind *p*). Endlich kann 3) in beiderlei Rücksichten mit der Pfändung auch der Beweis beabsichtet werden, indem der Pfändende die Vermuthung, zwar, wie sich versteht, nicht für den Betrag des von ihm angegebenen Schadens selbst, doch für die beschädigende That für sich hat, bis der Gepfändete das Gegentheil beweist.

Die Pfändung kann nicht bloß an Thieren, sondern auch an leblosen Gegenständen (an einem todten Pfand) geschehen. So wird dem unbefugt Fahrenden eine Kette oder ein sonstiges Geräthe abgenommen. Dagegen sind Personen kein Gegenstand der Pfändung. Nur dann ist es erlaubt, eine Person anzuhalten, wenn die Sachpfändung entweder gar nicht, oder nicht ohne sich zugleich der Person zu versichern, bewerkstelligt werden kann *q*). Es sind überhaupt folgende Grundsätze und Regeln einer erlaubten Pfändung zu beobachten: 1) sie muß auf frischer That und so viel möglich an dem Orte der Beschädigung oder Störung erfolgen. Für diesen gilt aber auch der Ort, wo der entfliehende Thäter oder das Schaden bringende Thier unmittelbar nach der That eingeholt und habhaft gemacht wird. Nur darf dabei die Grenze der Feldflur, wo der Schade geschehen, nicht überschritten werden. Man will zwar dem Pfändenden die Befugniß der Pfändung der verfolgten Person oder Sache ausser dem Orte der Scha-

*p*) Kind quaest. for. III. cap. 37. (ed. II.)

*q*) Preuß. Landrecht Thl. I. Tit. 14. §. 430.

denszuführung gewöhnlich nur dann einräumen, wenn der Ort der Deprehension ebenfalls dem Pfändenden gehört *r*). Allein bei dieser Beschränkung würde die Pfändung in den meisten Fällen, besonders da, wo das Grundeigenthum in kleine Parzellen vertheilt und zerstückelt ist, unanwendbar seyn. — 2) Bei der Pfändung darf keine Gewalt an der Person des Beschädigers verübt, überhaupt dieselbe nur so weit in ihrer Freiheit gestört werden, als es die Sachpfändung unvermeidlich macht. — 3) Man darf sich bei der Pfändung keiner Waffen und keiner reißenden Hunde bedienen. Die gepfändeten Thiere dürfen nicht getödtet, verwundet oder sonst beschädigt werden. Mit Thieren von geringem Werthe, wie Gänse, Hühner, welche auch nicht so leicht einzufangen sind, nimmt man es indessen so genau nicht, wenn etwa auch ein unglücklicher Wurf einem oder dem andern Stück das Leben kostet *s*). Die hie und da Statt findende Gewohnheit, dem der schädlich fährt, die Stränge abzuschneiden, ist nicht zu dulden *t*). — 4) Es darf von Thieren und andern Gegenständen nicht mehr gepfändet werden, als der Zweck der Pfändung fordert *u*). Von einer Heerde genügt also die Wegnahme Eines Stücks, wenn es nur auf Behauptung des Besitzes gegen Störungen, oder auf den Beweis der Beschädigung abgesehen ist. Dagegen können zur Sicherung des Schadensersatzes schon mehrere Stücke, jedoch überhaupt keine größere Anzahl genommen werden, als hiezu nöthig ist, vorausgesetzt, daß der Beschädiger ein Fremder oder sonst Unbekannter ist, z. B. ein fremder

*r*) Leyser Spec. 595. Med. 7.

*s*) Berger oec. juris L. II. Tit. II. th. 26. num. 9.

*t*) Leyser l. c. Med. 5.

*u*) Mev. Part. 1. Dec. 34. num. 17.

Schweintreiber. Denn ausserdem genügt es auch hier, nur ein Stück zu pfänden. Auch muß sich der Pfänder in alle Wege statt des Pfandes mit einer andern von dem Gepfändeten angebotenen angemessenen Sicherheitsleistung begnügen. — 5) Einer rechtmäßig unternommenen Pfändung darf sich nicht widersetzt, das Pfand dem Pfändenden nicht eigenmächtig wieder abgenommen, oder sich einer Gegenpfändung bedient werden. — 6) Theils um die bei einer Pfändung immer Statt findende Art von Selbsthülfe nach Möglichkeit unschädlich zu machen, theils zur Erreichung des erlaubten Zwecks der Unternehmung selbst, muß das abgenommene Pfand dem Gerichte des Orts der Pfändung unverzüglich ausgeliefert, oder doch, daß die Pfändung geschehen, und wo sich das Pfand befindet, demselben zum Behuf der weitern Verfügung angezeigt werden. Mit dieser Anzeige wird bei Schadenszufügungen sogleich die Entschädigungsklage verbunden, indem die Jurisdiction des Gerichts gegen den Gepfändeten durch die Pfändung begründet wird, wenn sie es auch sonst nicht ist. Das Gericht hat nun die Obliegenheit, den angerichteten Schaden mit Zuziehung der Betheiligten, und wo es nöthig ist Sachverständiger durch Besichtigung und Schätzung unverweilt zu ermitteln, und nach summarischer Verhandlung darüber zu entscheiden v). Bei der Schadensermäßigung wird auf den Zustand zur Zeit der Beschädigung, mithin wenn diese unreife Feldfrüchte betroffen hat, auf die mancherlei Zufälle bis zur Aernte billige Rücksicht genommen. Die Pfänder bieten nun das erste Object der Execution dar. Die Klage des Beschädigten ist die nach Beschaffenheit der Umstände eintretende Entschädigungsklage.

v) Leiser jus georg. L. II. c. 11. num. 26. v. Kreitmayr Anmerk. z. bayer. L. R. Th. II. cap. VI. §. 24. n. 8.

Das Gesuch geht auf Ersatz des Schadens, Erstattung der etwaigen Fütterungs- und Aufbewahrungskosten des Pfandes, Bezahlung der Prozeßkosten und des Pfandgeldes. Dieses letztere ist zwar nur partikularrechtlich, jedoch schon im Allgemeinen, als Theil des Ersatzes des id quod interest, nämlich der dem Pfandnehmer verursachten Bemühung zu billigen.

Ist bloß die Erhaltung eines Rechts der Grund der Pfändung, so werden die Pfänder nach Bezahlung des Pfandgeldes und der Kosten dem Gepfändeten zurückgegeben, dem Pfandnehmer aber über den Akt der rechtmäßig vorgenommenen Pfändung zu seiner Legitimation eine Urkunde ausgefertigt, welche in einer bloßen beglaubigten Abschrift des über den Vorgang aufgenommenen gerichtlichen Protokolls bestehen kann.

Eine unrechtmäßig oder excessiv vorgenommene Pfändung macht den Pfandnehmer nach Umständen wegen Selbsthülfe strafbar, gibt auch dem Gepfändeten eine Klage nach Gelegenheit entweder wegen Besitzstörung, oder auf Schadensersatz ex lege aquilia, wenn der gepfändete Gegenstand beschädigt worden, oder auch die Injurienklage. Der Richter erläßt in Fällen unerlaubter Pfändungen Mandata S. C. cassatoria, restitutoria, inhibitoria *w*).

---

*w*) v. Kreitmayr a. a. O. n. 9.

# Viertes Kapitel.

## Klagen aus Obligationen, die unmittelbar durch das Gesetz der Billigkeit wegen begründet sind.

### §. 161.

#### Im Allgemeinen.

Zu den Klagen, welche zunächst wenigstens nicht aus einer obligatorischen Handlung des Beklagten, sondern unmittelbar aus einer der Billigkeit wegen gemachten gesetzlichen Sanction entspringen, gehören:

A) diejenigen, die sich auf das Prinzip der Unbilligkeit einer Bereicherung mit dem Schaden eines Andern gründen. Von dieser Art sind die vorhin schon (§. 143. a. E.) bemerkten condictiones indebiti etc. und die actio ex L. rhodia de jactu; ferner

B) diejenigen, wornach jemand, ohne daß es ihm einen wesentlichen Nachtheil bringt, oder ein wohlerworbenes Recht beeinträchtigt, entweder 1) in dem Seinigen etwas leiden, oder 2) thun muß, damit einem Andern die Ausübung gewisser Rechte möglich werde, oder endlich 3) etwas nicht thun darf, weil es dem Andern Schaden bringt. Hieher gehören: ad 1) die Interdicte: de glande legenda, de arboribus caedendis und die Exhibitionsklagen wegen ungehinderter Wiederzueignung unserer, auf eines Andern Grund gerathenen Sachen, von welchen Klagmitteln bereits oben §. 77. num. 6, 7, 8. bei Gelegenheit der Eigenthumsbeschränkungen das Nöthige bemerkt worden, und bezüglich auf letztere §. 164. noch bemerkt werden wird; ad 2) die actio ad

Digitized by Google

exhibendum, die actio aquae pluviae arcendae, die cautio damni infecti, von welch letztern beiden vorhin §. 157. und 158 sq. in anderer Beziehung gehandelt wurde; endlich ad 3) die aus der operis novi nunciatio entspringenden Rechtsmittel (§. 155.) und das interd. quod vi aut clam (§. 156.). Hier ist also nur noch von der Klage ex L. rhodia de jactu und von der a. ad exhibendum zu handeln.

## §. 162.

### Von der actio ex lege rhodia de jactu und deren analoger Anwendung.

Der Grund dieser Klage ist die vom Gesetz *x*) anerkannte natürliche Billigkeit eines verhältnißmäßigen Ersatzes des durch Verlust an Sachen und Waaren, die bei einem drohenden Schiffbruche zur Erleichterung des Schiffs über Bord geworfen werden mußten, erlittenen Schadens von denjenigen, deren Gut hiedurch gerettet worden ist. Es kann davon dem Plane dieser Schrift gemäß hier nicht gehandelt werden. Aber man hat von diesem Verhältniß analoge Anwendung auch auf andere, in gemeinsamer Noth zum Besten Anderer gemachte, Aufopferungen an Gut und Habe zum Zwecke der Begründung der Ersatzforderung von denen, die dadurch das Ihrige erhalten haben, gemacht, namentlich auf Schäden bei Feuers- und Kriegsgefahr. Dagegen hat man *y*) aber richtig erinnert, es dürfe, um nicht willkührlich zu verfahren, nicht über das Prinzip hinausgegangen werden: daß, wer durch das Verderben seiner Sache einen wirklichen Schaden von Andern abgewendet, in so fern als

*x*) Tit. D. de lege rhodia de jactu (14, 2.)
*y*) vergl. Thibaut System §. 985.

er demselben somit genützt habe, Entschädigung fordern könne. Der Umstand allein, daß jemanden ein Unglück traf, während ein Anderer davon verschont geblieben, ist daher noch nicht hinreichend, von diesem Entschädigung zu fordern. Dabei muß übrigens auch noch das vorausgesetzt werden, daß der Beschädigte nur auf diese Weise zum Ersatz kommen kann, welches, wie wir sogleich hören werden, schon nicht der Fall bei Feuerschäden ist. Es ist überhaupt eine bekannte Sache, daß man im Aufsuchen römischer Rechtsgrundsätze für Institutionen der neuern Zeit behutsam seyn und sich nicht zu schnell zu Schlüssen aus vermeinten Analogien verleiten lassen muß. Auch ist dazu nicht einmal ein unabweisliches Bedürfniß vorhanden, gleichsam als wenn wir für unsere Rechtsansprüche nirgends eine Regel finden könnten, wenn wir nicht den Leisten des römischen Klagensystems zu Hülfe nähmen, also für alle unsere Rechtsverhältnisse die Grundsätze, Namen und Formen bloß aus dem R. R. entlehnten.

Aber auch abgesehen von materiellen Verschiedenheiten, die eine Folge mancher anders sich gestalteter Verhältnisse und Einrichtungen im Privatleben sind, gebieten veränderte Verfassungen, namentlich in Beziehung auf den Organismus der Staatsgewalten, nicht selten eine Abweichung von den Formen bei der Nachsuchung ebenso, wie bei der Ertheilung des Rechtsschutzes. Wir haben bisher schon, besonders im 3. Kapitel des vorigen, so wie in dem 2. und 3. dieses Abschnitts mehrfach zu der Bemerkung Gelegenheit gehabt, und werden es auch noch in dem folgenden haben: wie einflußreich die heutige Trennung der Anstalten für die Aufrechthaltung des Rechtsfriedens und der bürgerlichen Ordnung nach Behörden mit verschiedenem Organismus ist, und wie Angelegenheiten, deren Besorgung nach römischer

Verfassung bloß in das Gebiet der richterlichen Gewalt einschlug, jetzt in allen Ländern mehr oder weniger zu dem, in seinem innersten Wesen von der Rechtspflege getrennten Geschäftskreise der Polizei- und Administrativ-Behörden gezogen sind. Ja es ist sogar häufig eine Aufgabe der Gesetzgebungen neuerer Zeit, zu verhüten, daß gewisse Gegenstände des Verkehrs, wie sehr dabei auch selbst streitige Privatinteressen einschlagen mögen, statt vor Polizeibehörden vor die Gerichte gebracht und dadurch in einen zwar bedächtlichern, aber auch (was sich eben freilich, wie die Sachen nun einmal stehen, nicht in Abrede stellen läßt) schleppendern Gang eingeleitet werden.

## §. 163.

### Fortsetzung. Feuer- und Kriegsschäden ꝛc.

Diese Trennung der Gewalten für die Handhabung von Recht und Ordnung äussert sich denn namentlich in den Gegenständen wirksam, worin man Analogien von den durch das rhodische Gesetz begründeten Rechtsansprüchen finden will, namentlich bei Feuer- und Kriegsschäden. Von vorn herein zeigt sich schon eine große Schwierigkeit der richtigen Begründung des Entschädigungs-Anspruchs hier, und vorzugsweise wieder bei Feuerschäden, bezüglich auf die Grenzen desselben, nämlich rücksichtlich der verpflichteten Subjecte. Wäre das Schiff, so kann man annehmen, nicht durch den Auswurf erleichtert worden, so wäre es höchstwahrscheinlich untergegangen; — wäre es untergegangen, so wäre nicht bloß wahrscheinlich, sondern gewiß Mann und Maus zu Grunde gegangen. Das Ueberbordwerfen der Waaren des A.—F. kommt also dem G.—Z. zu guten. Aber wenn die Häuser Num. 3. und 4. eingerissen wor-

Digitized by Google

den sind, um die Weiterverbreitung des Brandes in Num. 1. und 2. zu verhüten, wer kann sagen, wo die Flamme von selbst aufgehört hätte, oder ihr durch minder drastische Mittel ein Ziel gesteckt worden wäre? Wer ist also mit der actio qu. utiliter anzugreifen? — die Eigenthümer der Häuser Num. 5. bis 8.? — oder alle Gebäude-Besitzer des ganzen Orts, da es ja schon häufig geschehen, daß ganze Städte eingeäschert worden sind? — Wo ist also Anfang und Ende des Entschädigungsanspruchs? — Glücklicherweise hat uns ein modernes Institut, das der Feuerassecuranz, ein Auskunftsmittel dargeboten, bei dem der Beschädigte seinen Ersatz ohne Richter und Recht erhält. Denn die Feuerversicherungsanstalt leistet nicht bloß für diejenigen Gebäude den assecurirten Werth, die durch Brand vernichtet worden, sondern auch für die, welche zur Hemmung des Feuers haben demolirt werden müßen; und das billig, weil die Assecuranzcasse zunächst vortheilhaft dabei interessirt ist, daß der Brand nicht weiter um sich gegriffen hat. Für Mobilien leistet freilich die Gebäudeversicherungsanstalt keinen Ersatz. Allein die Beschädigung an selbigen ist auch keine nothwendige Folge des Einreißens der Häuser; man kann diese vorher räumen. War aber die Gefahr so dringend, daß eine Räumung nicht mehr möglich war, so hätte der Schade wohl auch ohne Demolirung der Häuser die Eigenthümer getroffen, ist also mehr für einen bloß zufälligen anzunehmen, gegen den übrigens sich vorzusehen, die nöthigen Mittel in Mobilien-Versicherungs-Anstalten gegeben sind. Anders könnte man, mit dem nämlichen Recht und nach eben der cerebrinen Billigkeit, wohl auch die Mitbewohner eines Hauses, wo Einer bestohlen worden, zur Haftung für den Schaden verpflichten; denn hätte der Dieb, könnte man sagen, nichts bei dem Titius gefunden, so

wäre er wohl zu dem Mevius oder Sempronius gekommen z).

Was Kriegsschäden betrifft, die durch Plünderung, Brandschatzungen, gezwungene Lieferungen ꝛc. herbeigeführt worden, so fragt sich vor allen, wiefern sie überhaupt zur wechselseitigen Uebertragung sich eignen und nicht vielmehr den Beschädigten als ein Ereigniß in seiner Person treffen. Ist dieß streitig, so ist die Sache allerdings zur rechtlichen Erörterung vor dem Richter geeignet, und hier wird denn die rhodische Klage utiliter gebraucht werden, so weit sie sonst sich begründen läßt. Dagegen tritt da, wo Kriegsschäden nach Gesetzen und Verfassungen allen Bewohnern eines gewissen Bezirks zur verhältnißmäßigen Mitleidenheit obliegen, und der Ueberbürdete auf dem Wege der Abgleichung (Peräquation) entschädigt werden muß, gar kein prozessualisches Verfahren vor dem Richter ein. Es wird vielmehr auf den Grund der — durch Einquartierungs-, Vorspanns- und Lieferungs-Listen, Register und Quittungen (Bons), oder was besondere Beschädigungen betrifft, durch die darüber aufgenommenen Besichtigungs- und Abschätzungs-Protokolle, — verificirten Liquidationen, nachdem alle Concurrenzpflichtige hierüber summarisch mit ihren Erinnerungen vernommen sind, von einer eigenen Behörde, (Marschcommissariat, Peräquations-Commission) die Peräquationsrechnung hergestellt, und jedem, was er nach der Concurrenzrolle zu viel oder zu wenig getragen hat, in Guthaben oder Schuld eingesetzt, und so die Vergütung bewirkt.

Ein analoges, ebenfalls weniger von Gerichten als von Polizei- und Culturbehörden geleitetes, Verfahren tritt auch bei Flußcorrectionen ein. Wenn näm-

z) cf. L. 2. §. 3. D. h. t.

lich, um einem Fluß oder Bach eine geradere Richtung zu geben, und dadurch Stagnationen und Ueberschwemmungen vorzubeugen, Landdurchstiche gemacht werden müssen, wodurch einzelne Grundstück-, gewöhnlich Wiesenbesitzer von ihrem Grund eben durch das Graben eines neuen Flußbettes verlieren, so können sie, da sie nicht allein bei dem Unternehmen Vortheil haben, von Allen, von denen dadurch Schaden abgewendet wird, verhältnißmäßig Ersatz fordern, der denn durch Umlage aufgebracht wird, so weit dieses nöthig ist, das verlassene Flußbett also nicht selbst einen zureichenden Entschädigungs-Fond gewährt *a*). Dieß alles — die Nothwendigkeit des Unternehmens, die Zahl und der Antheil jedes Interessenten, also der Concurrenz-Maßstab, die Schätzungen des abzutretenden Landes, die Voranschläge der Kosten, die Berechnung der Entschädigungs-Masse u. s. w. — wird aber schon vor dem Beginnen des Unternehmens mit Zuziehung aller Betheiligten genau erörtert und ausgemacht, und es werden darüber Charten, Plane, Berechnungen und Recesse aufgenommen, so daß es also nachher bloß auf den Vollzug ankommt, und Prozesse nur da entstehen können, wo man regellos und tumultuarisch verfährt.

## §. 164.

### Die actio ad exhibendum.

Diese Klage gründet sich auf die im R. R. der Billigkeit gemäß anerkannte Verbindlichkeit des Besitzers einer beweglichen Sache, sie demjenigen, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, auf dessen Kosten zu

*a*) Omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. L. 1. h. t.

exhibiren, d. h. wenigstens vor Gericht vorzuzeigen, und zwar insbesondere in der Art und zu dem Zwecke, um ein von ihm daran behauptetes Recht klagbar geltend machen zu können *b*). Kann der Besitzer dieß nicht sogleich, so muß er wenigstens caviren, daß es künftig zu einer bestimmten Zeit von ihm geschehen werde *c*). Verweigert er die Exhibition auf richterliches Gebot, so ist er dem Exhibitionsberechtigten das volle Interesse zu gewähren verpflichtet, welches von diesem, vorbehältlich richterlicher Ermäßigung, durch den Würderungseid bestimmt werden kann *d*). Unter der Voraussetzung eines erweislich rechtlichen Interesse auf Seiten dessen, der die Exhibition begehrt, wie es in den sogleich anzugebenden einzelnen Fällen Statt findet *e*), entsteht die Exhibitionsverbindlichkeit für den Besitzer aus dem bloßen Factum des Besitzes, der folglich kein juristischer zu seyn braucht *f*). Sie endigt also auch für ihn, so bald er nicht mehr im natürlichen Besitz der Sache ist *g*); doch wird der, welcher den Besitz arglistig oder auch nur mit dem Bewußtseyn, daß er auf eine unbefugte Weise über die Sache verfüge, aufgegeben hat, wie ein wirklicher Besitzer, der die Vorzeigung ungehorsam verweigert (als fictus possessor) behandelt *h*). Daß der Beklagte nicht in dem Falle sey, exhibiren zu können, auch sich nicht aus Gefährde in diesen Fall

*b*) L. 2. D. ad exhib. (10, 4). — L. 9. §. 5. eod.

*c*) L. 5. §. 6. L. 12. §. 5. eod. *d*) L. 3. §. 2. eod.

*e*) Ueber den Charakter dieses Interesse im Allgemeinen s. bes. L. 3. §. 11. L. 13. u. L. 19. h. t. — und v. Glück's Comm. XI. S. 176 ff.

*f*) L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. pr. h. t. *g*) L. 7. §. 5. eod.

*h*) L. 5. C. h. t. (3, 42.) §. 2. J. quib. alien. lic. (2, 8.)

Digitized by Google

Fall versetzt habe, muß er auf Verlangen eidlich erhärten, und geht das richterliche Erkenntniß *i*) dahin:

würde Beklagter, daß er den zur Einsicht verlangten Siegelring nicht habe, noch gefährlicher Weise abhanden kommen lassen, auch nicht wisse, wo selbiger anzutreffen sey, schwören, wie ihm zu thun obliegt, so hat Klägers Gesuch nicht Statt, es ist auch derselbe dem Beklagten die aufgewandten Kosten zu erstatten schuldig.

Gewöhnlich wird die a. ad exhibendum

I. als präparatorische Klage bei der Vindication *k*), so wie überhaupt bei der Anstellung solcher dinglicher oder persönlicher Klagen gebraucht, welche die Erlangung, Behauptung oder Wiedererlangung des Besitzes einer beweglichen Sache zum Zwecke haben *l*); und zwar 1) um die Trennung des Streitobjects von einer Sache, deren Theil es durch eine trennbare Verbindung geworden, zu bewirken, wie bereits oben S. 176 angegeben worden *m*); 2) um durch die Besichtigung der Sache ihrer Identität mit der zu vindicirenden ꝛc. gewiß zu werden; oder 3) deren Beschaffenheit beim Anfange des Rechtsstreits, als dem Zeitpunkte genau kennen zu lernen, wo eine wesentliche Veränderung in der Haftungsverbindlichkeit des Beklagten für Verschlimmerungen der Sache eintritt *n*). Endlich dient sie 4) demjenigen,

---

*i*) Hommel's deutscher Flavius I. S. 311. (IV. Ausg.)

*k*) L. 1. h. t.

*l*) L. 3. §. 3—5. eod. Boehmer de act. S. II. c. 2. §. 2. not. d.

*m*) Ebendaselbst ist auch sub nro. 3. gesagt, was hiebei wegen des tignum junctum zu merken sey. — Vergl. noch L. 6. L. 7. §. 1. 2. h. t. L. 23. §. 5. de R. V. (6, 1.). Glück a. a. O. S. 221 ff.

*n*) Glück a. a. O. S. 181.



Digitized by Google

welchem durch Vertrag oder Testament die Wahl unter mehreren Sachen gegeben ist, indem es ihm durch deren Vorzeigung erst möglich gemacht wird, seine Wahl zu treffen und hiernächst auf den ausgewählten Gegenstand seine Klage zu richten *o*).

Da es bei dieser Klage in ihrer präparatorischen Eigenschaft bloß auf ein Vorzeigen, nicht auf eigentliche Herausgabe (Abtretung oder Verabfolgung) abgesehen ist, so wird sie entweder in Form einer bloßen Imploration besonders angebracht oder mit der Hauptklage successiv cumulirt, und es geht das Petitum im erstern Fall dahin:

> dem Imploraten zu befehlen, daß er mir von dem in seiner Scheune aufbewahrten Bretervorrath, namentlich von denjenigen, die er vor 8 Tagen durch seinen Knecht auf der Sägmühle zu Bruck hat abholen lassen, und worunter, wie oben angegeben, 6 Stück von den meinigen gekommen sind, in Beisein eines Gerichtsabgeordneten Einsicht nehmen lasse,

im andern Fall:

> daß Bekl. mir ꝛc. ꝛc. nehmen lasse, (wie oben) — hiernächst aber mir mein sodann bestimmt anzugebendes Eigenthum verabfolgen zu lassen schuldig.

Das Verfahren ist immer summarisch, und es werden nur solche Einreden zugelassen, womit die Unstatthaftigkeit des Begehrens des Klägers auf der Stelle dargethan werden kann, z. B. die exceptio pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei judicatae *p*), vorausgesetzt, wie gedacht, daß sie sofort liquid zu machen sind, indem illiquide Einreden nur im Hauptverfahren zulässig sind *q*). Der Beweis des Klägers, der auch

*o*) L. 3. §. 6. h. t.

*p*) L. 3. §. 13. h. t.

*q*) Boehmer l. cit. §. 6.

Digitized by Google

in der Form einer bloßen Bescheinigung wirksam ist, hat immer nur das Interesse des Klägers und den etwa widersprochenen Besitz des Beklagten, oder daß selbiger betrügerisch zu besitzen aufgehört, nie aber das behauptete Recht an der Sache selbst, zum Gegenstand, also in dem obigen Beispiele nicht das Eigenthum des Klägers an den Bretern *r*), wenn schon zur Ueberzeugung von dem Interesse im Fall des Widerspruchs eine Bescheinigung des Rechts nicht zu umgehen ist.

II. Als Hauptklage kann die a. ad exhibendum angestellt werden: 1) zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes einer Sache, die sich auf dem Grund und Boden eines Andern befindet und zwar ohne Zuthun des Beklagten selbst, der übrigens weder sich selbst ein Recht daran anmaßt, noch das unserige bestreitet, auch wohl schon bei der Art und Weise, wie die Sache auf seinen Grund gekommen, nicht bestreiten kann; z. B. meine gedungenen Fuhrleute haben meinen Dünger statt auf meinen, auf des Beklagten Acker gefahren. Hier bedeutet denn Exhibition die Gestattung des Abholens unserer Sache, weil sie nicht ohne Betretung des fremden Grundes möglich ist, und wovon daher oben (S. 196 f.) bei den Eigenthumsbeschränkungen Erwähnung geschehen. Eventualiter kann auch hier das mit dem Würderungseid zu erhärtende Interesse Gegenstand des Petitums seyn *s*). Das Gesuch geht überhaupt dahin:

> daß mir Beklagter bei der Abholung meines, aus Ursache der unlängst Statt gefundenen Ueberschwemmung auf seine Wiese getriebenen Bauholzes, gegen Ersatz des

*r*) L. 3. §. 9. h. t.

*s*) L. 5. §. 3—5. L. 9. §. 1. h. t. Mühlenbr. l. c. not. 9.

ihm etwa verursachten Schadens *t*), weßhalb ich nöthigenfalls ihm Caution zu leisten erbötig bin, ein Hinderniß in den Weg zu legen nicht befugt. — Da ich aber wahrgenommen, daß in Folge der verzögerten Wegschaffung des Holzes wegen der von dem Bekl. bisher gemachten Schwierigkeiten, mehrere Stücke, deren Werth ich auf 18 fl. eidlich erhärten kann, entwendet worden sind, so bitte ich zugleich, den Bekl. auch zum Ersatz mit 18 fl. zu verurtheilen.

2) Gegen den fingirten Besitzer bezweckt die Klage, — besonders in solchen Fällen, wo durch dessen widerrechtliche Verfügung über unsere Sache zugleich die Geltendmachung unseres Rechts an derselben unmöglich gemacht *u*), oder doch erschwert worden ist; z. B. er hat mein Holz verbrannt, zu Markte gebracht und verkauft ꝛc., — das Interesse. Das Gesuch geht dahin:

daß mir Bekl. für die bei dem letzten Sturmwind in meiner Waldung entstandenen und auf seinen angrenzenden Waldgrund gefallenen Windbrüche, in 5 halbfüderigen Fichtenstämmen bestehend, deren er sich angemaßt und selbige theils verkauft, theils sonst verbraucht hat, den Werth mit 25 fl., den ich eidlich zu erhärten mich erbiete, zu erstatten schuldig *v*).

---

*t*) Der sowohl durch das Abholen, als vorher durch das Hinschwemmen auf dem Grunde des Beklagten verursacht worden seyn kann.

*u*) L. 9. §. 1 — 4. eod. L. 1. §. 2. de tigno juncto (47, 3.) §. 2. J. quib. alien. licet (2, 8.)

*v*) Daß das Petitum mit Weglassung aller zur Begründung der Klage gehörigen Umstände, die in dem Libelle vorkommen müßen, (der Prämissen zur Conclusion) kürzer gefaßt werden kann und muß, hier etwa: „daß mir „Bekl. für die sich angemaßten Windbrüche den Werth

# Fünftes Kapitel.

## Klagen zum Schutz öffentlicher Rechte, besonders so weit diese das Vermögen angehen.

### §. 165.

#### Römische Verfassung dießfalls.

Auch die Verletzung **öffentlicher** oder solcher Rechte, die dem Menschen als Glied entweder einer politischen, besonders der Staatsverbindung, oder des kirchlichen Vereins zustehen, kann von der Art seyn, daß sie eine vor den Gerichten gegen den Verletzer klagbar geltend zu machende Obligation begründet. Die Römer kannten dafür eigene, und zwar ausserordentliche Klagmittel, die unter dem Namen **interdicta publica** bekannt sind (§. 26.). In so fern als die eine Gattung dieser Klaggegenstände, die **res divini juris**, in keines Menschen Eigenthum, sondern der Gottheit geweiht waren und als unter ihrem besondern Schutze stehend gedacht wurden, — sie mochten nun unmittelbar zum Gottesdienste (res sacrae), oder zur Leichenbestattung (res

---

„mit 25 fl. zu erstatten schuldig", — wird kaum einer Erinnerung bedürfen. Hier, so wie in den andern beiden vorhin gegebenen Beispielen, hat man sich bloß in der Verlegenheit: entweder mit einem ganzen Libell den Raum zu verschwenden, oder durch Kürze unverständlich zu werden, diese Unförmlichkeit erlaubt. Es wird dieß zugleich zur Rechtfertigung bemerkt, wenn hie und da auch an andern der bisher formirten Klaggesuche gleiche Unregelmäßigkeit gerügt werden sollte.

religiosae) bestimmt, oder besonders befriedet (sanctae) seyn, — konnte deren Verletzung von dem Bürger nur kraft religiöser Pflicht und darum auch Befugniß geahndet werden, wenn schon, namentlich bei den res religiosae, das Privatinteresse desselben mit eintreten konnte. War der Gegenstand der Rechtsverletzung eine res sacra, so war zwar zu deren Ahndung die Obrigkeit von Amtswegen oder auf Antrag der Aufsichts- und Curatelbehörde berufen; doch konnte auch jeder im Volke klagend auftreten *w*), was denn auch von einer res sancta galt *x*). Handelte es sich von einer res religiosa, so stund dem unmittelbar Beleidigten ein Klagrecht zu, und wenn er nicht klagte, so fand, vornämlich wegen absichtlicher Verletzung einer Grabstätte, eine Popularklage Statt *y*).

Schon sichtbarer, auch in Beziehung auf Vermögensrechte, trat das Interesse der Einzelnen bei einer rechtswidrigen Handlung hinsichtlich einer res publica hervor; denn hier war jeder aus dem Volke betheiligt. Zwar vertrat auch er nur das Recht des ganzen Volkes, in dessen Patrimonium die Sache war, aber zugleich auch sein Recht daran, nämlich das gestörte Gebrauchsrecht an der Sache, so daß es also hier wenigstens nicht zweifelhaft seyn konnte, der klagbar geltend gemachten Obligation aus der Rechtsverletzung einen Vermögenswerth beizulegen. Zum Schutze der res publicae, d. h. solcher im Eigenthume des ganzen Volkes befindlicher Grundbesitzthums-Gegenstände, deren

*w*) L. 1. §. 3. D. ne quid in loco sacro (43, 6.) L. 10. C. de episc. et cler. (1, 3.)

*x*) L. 2. 3. ne quid in loco sacro.

*y*) L. 1. §. 5—10. de mortuo infer. (11, 8.) L. 3. de sepulchro viol. (47, 12.)

Digitized by Google

Gebrauch jedem im Volke überlassen ist, als da sind: öffentliche Plätze, Wege, Flüsse und Gewässer, dienten eigene Interdicte, welche im 43. Buch der Pandecten enthalten sind und zwar bezüglich auf die Entfernung von Hindernissen des Gebrauchs, oder der unternommenen Wiederherstellung öffentlicher Plätze und Wege im 7. 8. 11. Titel, bezüglich auf Flüsse ꝛc. im 12. — 15. Titel. Eines solchen Interdicts konnte sich nicht nur der in seinem Gebrauchsrechte Gestörte oder Benachtheiligte, sondern nach Umständen auch, als eines populare interdictum, jeder aus dem Volke bedienen, wie gedacht theils als gleichsam gesetzlicher Repräsentant der Gesammtheit des Volkes, als des Eigenthümers, theils als Nutzungsmitberechtigter. Diese Interdicte waren nach Gelegenheit bloß prohibitorisch, auf Verhinderung des nachtheiligen Unternehmens, bisweilen auch restitutorisch auf Wegschaffung eines gemachten schädlichen Opus und Wiederherstellung des vorigen Zustandes gerichtet z), was überhaupt schon der Zweck eines jeden und die Art und Weise der rechtswidrigen Handlung zu erkennen gibt, gegen die es gerichtet ist.

Bei allen diesen Rechtsverletzungen sowohl in Beziehung auf die res divini juris als auf die res publicae gebot die Natur der Sache Beschleunigung nach ausserordentlichen Formen der Rechtshülfe, man mochte die Heiligkeit des Gegenstandes, die Ehrfurcht gegen die Gottheit, und das mit deren Hintansetzung gegebene, daher stracks Ahndung fordernde öffentliche Aergerniß in das Auge fassen, oder die besondern Rücksichten des öffentlichen Wohls und die Dringendheit des gestörten Gebrauchs als Motiv annehmen.

---

z) G. F. Puchta System des gem. Civilrechts Seite 231 ff.

Digitized by Google

## §. 166.

### Ursachen der Veränderung dieser Verfassung.

Nach der heutigen von der römischen so sehr verschiedenen Verfassung des kirchlichen und gemeinen Wesens ist hieran manches, sowohl in Beziehung auf die parteiliche Theilnahme als auf die richterliche Competenz, und auf die Art der Rechtsschutzertheilung selbst verändert. Man müßte es für ein Fortschreiten in der Cultur des Menschengeschlechts erkennen, hätte mit der Verbesserung der religiösen Zustände, seit der Herrschaft des Christenthums im römischen Reiche, die der politischen gleichen Schritt gehalten. Aber die Ueberreste eigenthümlicher Ansichten von gemeinsamen Interessen und repräsentativen Functionen des Volks aus der Zeit des römischen Freistaates hatten sich meist schon unter der Kaiserregierung aus dem Leben verloren, und mächtig hatte sich dagegen die Idee einer allumfassenden Staatsgewalt in der Hand eines Einzigen geltend gemacht. Man hatte sich je mehr und mehr daran gewöhnt, das Volk gegenüber dem Herrscher als ein ungegliedertes Aggregat von Eigenthumsbesitzern, im übrigen als sich selbst zu leiten unfähig, daher einer beständigen Curatel bedürftig, zu betrachten. Diese Vorstellung von dem niedern Standpunkte des Volks mußte sich denn auch in der Wechselwirkung durch dessen zunehmenden geistigen Verfall kund geben und rechtfertigen; die niedergehaltene Masse war und wurde immer mehr unfähig für das öffentliche Leben und zur Besorgung gemeinsamer Angelegenheiten.

Als in der spätern Zeitfolge das römische Recht in Deutschland bekannt und einheimisch wurde, hatte der Entwickelungsgang des Staatslebens in unserem Vaterlande den Boden schon so zubereitet, daß dessen Unem-

Digitized by Google

pfänglichkeit für die in diesen fremden Gesetzen hie und da noch sichtbaren Samenkörner des römischen Volksgeistes und republikanischer Institutionen nicht zweifelhaft seyn konnte. Insbesondere war der Lehre von res publicae unter den bildenden Händen der Hofjuristen eine ganz andere Gestalt geworden. Schon das Wachsthum der königlichen Macht hatte in Deutschland die Verdrängung republikanischer Formen aus dem einheimischen öffentlichen Leben zur unausbleiblichen Folge. Die Vermengung der germanischen Völkerschaften mit Volksstämmen, denen das Joch des Eroberers aufgelegt war, die Vorstellung von einer Fortsetzung des römischen Kaiserreichs durch die deutschen Könige, und Ansichten wie die von der Nothwendigkeit eines besondern königlichen Schutzes für gewisse Gegenstände von Sachen und Rechten und von einem Obereigenthume des Staats an Grund und Boden des ganzen Landes, ferner die Verwechselung der Begriffe von Regierungs- und Eigenthumsrechten — diese Umstände begünstigten Reformen, die freilich nicht urplötzlich entstunden, sondern nur allmählich reiften, aber desto dauerhaftere Veränderungen aller öffentlichen Verhältnisse herbeiführten. Was unter der Macht der Könige noch nicht vollständig sich gestaltet hatte, das brachte die Gewalt geistlicher und weltlicher Großen als Landesherren nach Entstehung der Landeshoheit vollends zur Reife. — Auf diese Weise hatten unter andern die Eigenthums- und Benutzungs-Rechte an großen Waldungen, die noch im 6. Jahrhundert *a*) im Eigenthume Einzelner oder im Gesammteigenthume einer Gemeinde waren, eine Veränderung erlitten, indem sie unter der darüber ausgedehnten königlichen Schutzgewalt die Eigenschaft von Bannforsten annahmen,

*a*) Eichhorn's St. u. R. Geschichte I. §. 58.

und den bisherigen Berechtigten nur ein beschränktes Benutzungsrecht gelassen wurde. Die Jagd in Waldungen, die Fischerei in größern Flüssen und Gewässern, die unterirdischen Erzeugnisse des Bodens umschloßen nunmehr die weiten Arme landesherrlicher Hoheit; res publicae hießen und waren nunmehr Staatseigenthum und somit eine ergiebige Quelle von nutzbaren (Forst-, Jagd-, Wasser-, Bergwerks-, Salz- ꝛc.) Regalien, die entweder unmittelbar, durch Belastung dieser Gegenstände mit Abgaben: Zöllen, Geleits-, Wege- und Brückengeldern ꝛc. oder mittelbar im Wege der Verleihung an Einzelne zur Jagd, zur Fischerei, zum Gewerbsbetrieb durch Errichtung von Mühlen, Fabriken, durch Floß- und Fähregerechtigkeits-Concessionen ꝛc. die fiskalischen Kassen bereicherten und die Begnadigten in Abhängigkeit gegen die verleihende Gewalt versetzten. Bei diesem Zustande konnte keine Frage mehr von einer Vertretung des Volks gegen Anmaßungen an Gegenständen seyn, die nun einer höhern Gewalt, so zu reden, verfallen waren.

Daß man bei diesen veränderten Verhältnissen immer mehr geneigt wurde, in Allem, was in den Streitigkeiten der Privaten nur irgend das s. g. Staatswohl berührte oder zu berühren schien, neben den legitimen richterlichen Behörden auch andere, deren eigentliche Bestimmung nicht die ist, das Recht zu pflegen, mit richterlichem Charakter zu bekleiden, und so die Herrschaft des Rechts in Fällen dieser Kategorie nach Umständen den geschmeidigern Formen politisch-cameralistischer Billigkeits- und Zweckmäßigkeits-Maximen unterzuordnen, darf nicht befremden. Die deutsche Reichsverfassung war eine fruchtbare Mutter für diese und ähnliche Begriffs-Metamorphosen. Mochten sich auch die eigentlichen Pfleger des Rechts in Berufung auf ihre Legitimität von

Digitized by Google

jeher noch so sehr dagegen stemmen, es war nun einmal nicht zu ändern; und der an Langsamkeit zunehmende Justizgang selbst schien dazu beizutragen, daß diese neue Art von extraordinariae cognitiones Beifall fand. Die hieraus entstehenden Reibungen zwischen Gerichten und Polizeibehörden waren der Anfang des alten, und noch jetzt nicht geschlichteten, Streits über den Unterschied zwischen Justiz- und Polizeisachen. Unterdessen wurde die Exemtion mancher nach dem röm. Recht undisputirlich vor das Forum des Prätors gehörigen s. g. Polizei- und Kameralsachen von dem Gerichtsstande der Reichsgerichte, ja selbst von den Landesgerichten durchgesetzt. Um jedoch für diese Rechtspflege wenigstens den Namen von Gerichten und die äussere Gestalt der Justiz zu haben, schuf die neuere Zeit eine s. g. Administrativjustiz, die alles, was bei Streitigkeiten der Privaten das öffentliche Interesse berührte oder zu berühren schien, ihrer Botmäßigkeit unterwarf. (Vergl. Seite 261. Note).

## §. 167.

### Heutige Praxis.

Es kann nun wohl nicht unerwartet seyn, daß, wenn h. z. T. von einer Verletzung der Rechte, zu deren Schutz nach römischen Gesetzen die interdicta publica dienten, die Rede ist, vor allen die Popularklagen als ein veraltetes Institut angesehen werden müssen. Niemand im Volke denkt mehr daran, zum gemeinen Besten die Beschwerden einer Klagführung zu übernehmen, wenn von Entfernung der Hindernisse eines öffentlichen Weges, eines schiffbaren Flusses ꝛc. die Rede ist. Dafür bestehen jetzt eigene Schutz- und Aufsichtsanstalten, die entweder selbst mit den ihnen zu Gebote

Digitized by Google

stehenden Mitteln jeder Ungebühr begegnen, oder die Polizei, seltener die Gerichte, zu Hülfe nehmen. Ueberschreiten also die Fuhrleute die Fahrbahn auf der Chaussee, beugt der Reiter auf den Fußpfad aus, wird die Baumpflanzung an der Straße beschädigt u. s. w. so sind die Wegaufseher, Gendarmen ꝛc. bei der Hand, und was hier wider die Ordnung geschehen, wird de simplici et plano auf dem Frevelstraftag mit angemessener Geld- oder Leibesstrafe abgethan. Selbst der Einzelne sucht, wenn sich die ihm widerfahrne Störung im Genuß öffentlicher Rechte irgend zur Remedur der Polizeigewalt eignet, zuerst Hülfe bei dieser, weil er sie da schneller zu finden hofft, und erst wenn ihm diese Hoffnung fehl schlägt, weil die Sache sich zur förmlich rechtlichen Behandlung eignet, oder die Polizeibehörde nur provisorisch Rath schafft, bei den Gerichten. In Fällen, wo sonst die interd. publica Anwendung fanden, ist gewöhnlich die öffentliche Ordnung betheiligt, und es machen sich ohnehin die Forderungen an die Sanitäts-, die Sicherheits-, die Sitten-, die Gewerbs- ꝛc. Polizei geltend. Man pflegt daher nicht mehr mit dem interdicto de mortuo inferendo bei Gericht zu klagen, wenn man an der Beerdigung eines Todten verhindert wird, sondern man sucht und findet die der Natur der Sache nach nothwendige schleunige Hülfe, wenigstens nach Art eines Interimistikums, bei der Polizeibehörde, unbeschadet der hiernächst freigestellten Geltendmachung des Anspruchs etwa an einen widersprochenen Beerdigungsplatz, des Rechts auf ein Erbbegräbniß, des Schadensinteresse aus der ungebührlichen Störung, oder der Genugthuung für beleidigte Ehre, was alles freilich vor Gericht auszufechten ist. Wo wäre auch bei unsern mit Formen überladenen Gerichten die hier nothwendige schleunige Hülfe zu finden? Der Todte wird also auf Anordnung

Digitized by Google

der Polizei, dem streitigen Privatrechte unbeschadet, einstweilen, wie es nach den Umständen am schicklichsten ist, beerdigt. — Unterfängt sich jemand, ohne Genehmigung der kirchlichen Obern sich einen Kirchenstuhl einzurichten, oder dem seel. Vetter ein Epitaphium in der Kirche setzen zu lassen, so wird man das ne quid in loco sacro fiat ohne eine Klage vor Gericht wider ihn geltend machen. Mit dem Kronenwirth Weidmann, der sich eigenmächtig herausnimmt, um seinen Gästen einen bequemern Zugang zu seinem Sommerkeller zu verschaffen, eine Oeffnung durch die Stadtmauer brechen zu lassen, macht der Stadtmagistrat kurzen Prozeß. Auch wird man nicht abwarten, bis jemand aus dem Publikum mit dem Interdict ne quid in loco publico klagend auftritt, wenn der bürgerliche Handelsmann Herr Marr mit seinen Kisten und Fässern den Marktplatz verstellt. Eben so wird die Wasserbau-Inspection schon dafür sorgen, daß es nicht des Interdicts ut in flumine publico navigare liceat bedarf, wenn es den Bauern einfallen sollte, zur Bewässerung ihrer Wiesen Vorrichtungen zu machen, die dem Laufe des Flusses hinderlich werden. Gewöhnlich ist hier auch schon durch Flußpolizeiordnungen Vorsehung getroffen, daß ohne Genehmigung der einschlagenden politischen und technischen Behörden nichts in und an Flüssen gebaut oder verändert werden darf; will aber der Flußangrenzer zur Befestigung des Ufers, woran ihm zwar das Eigenthum, jedoch unbeschadet der Benutzung, so weit diese der gemeine Gebrauch des Flusses nothwendig macht, zusteht *b*), einen Bau vornehmen, so muß er vorher um Genehmigung nachsuchen, die ihm erst nach vorgängiger Prüfung der Modalitäten des Unternehmens ertheilt wird. Er würde,

*b*) L. 30. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

Digitized by Google

wenn er sich über diese Ordnung wegsetzte, und eigenmächtig einen Uferbau unternähme, die Gerichte vergebens mit dem interd. de ripa munienda angehen u. s. w.

Es tritt aber die Competenz der Polizei nicht bloß da ein, wo von der Beschädigung der Substanz einer öffentlichen Sache oder von Gefährdung des gemeinsamen Gebrauchsrechts daran die Rede ist, sondern sie zeigt sich nach Gelegenheit auch wirksam bei Streitigkeiten der Einzelnen über Beeinträchtigungen ihres Genußrechts daran, sofern dabei irgend das Interesse des gemeinen Wohls in Berührung kommt. Wenn daher der Bierbrauer sich über seinen Nachbar den Färber beschwert, daß dieser im Flusse oberhalb des Orts, wo er das zum Brauen benöthigte Wasser schöpft, seine Farbwaaren wasche, so ist zwar das Publikum bei diesem Streit in so weit unbetheiligt, als beide den Fluß benutzen, und nur der Eine den Andern kränkt, ohne im übrigen gegen den Lauf des Wassers oder dessen Benützung von Seiten Anderer etwas zu unternehmen. Wohl aber wird die Polizei das Publikum betheiligt finden, wenn etwa durch das Unternehmen des Färbers der Brauer gehindert wird, ein der Gesundheit unschädliches oder doch mit Appetit genießbares Bier zu erzeugen. Sie wird sich also ins Mittel legen, besonders wenn der Brauer sich allenfalls nachgiebig beweisen und unterlassen sollte, gegen den Färber sein Recht mit dem Navigations-Interdict utiliter, oder natürlicher wohl als ein in seinem Gewerbe Beeinträchtigter mit der Negatorienklage, oder der actio L. aquiliae, oder dem interd. quod vi aut clam zu verfolgen. — Wenn die Grundstückbesitzer an einem öffentlichen Flusse Klage führen, daß der Müller sein Wehr über die Norm des Eich- oder Sicherpfahls erhöhe, oder sonst das Flußwasser ungebührlich aufstaue dadurch aber sie der Ueberschwemmung ihrer

Grundstücke aussetze oder diese Gefahr vergrößere, oder wenn der oberhalb liegende Müller aus gleichem Grunde über seinen Gewerbsnachbar unterhalb sich beschwert, oder wenn der Müller oder der Floßfahrts-Berechtigte gegen die Wässerungs-Berechtigten Klage führen, daß sie statt der Wasserschöpfradwehre oder s. g. Flügel von Bretereinsätzen die Stämmung durch Steine, Pfähle und Faschinen bewirken, und es kommt erst auf eine Inhibition an: so schreitet in diesen Fällen vor allen die Polizei ein, um dem schädlichen Unternehmen zu steuern. Denn es ist hiebei mehr oder weniger das gemeine Wohl selbst betheiligt, die Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Ruhe, weil es hiebei leicht zu Thätlichkeiten kommen kann, gefährdet, auch sind die Vorschriften der Gewerbspolizei ausser Acht gesetzt.

## §. 168.

### Wiefern von den int. publ. noch jetzt in foro Gebrauch zu machen ist.

Ungeachtet der solchergestalt veränderten Zustände nach unserer Verfassung und der durch diese begründeten Competenz der Polizeibehörden in den meisten Fällen, wo sonst die öffentlichen Interdicte gebraucht wurden, läßt sich indessen doch auch noch h. z. T. von diesen, als gerichtlichen Klagmitteln Anwendung machen c), so oft Mein und Dein, es sey bloß und allein oder neben der politischen Frage streitig und von Herstellung eines peremtorischen Rechtszustandes die Rede ist. Behauptet also in den zuletzt angeführten Beispielen der Müller, über den geklagt wird, zu der angeblich beschwerenden Handlung rechtlich befugt zu seyn, oder wird zu-

c) Eichhorn's D. Priv. Recht §. 267. a. E.

gleich Schadensersatz gefordert, so tritt wie auch gewöhnlich in particularrechtlichen Ressort-Reglements bestimmt ist, die Competenz der Gerichte zur Cognition und Entscheidung des Streits ein. Und hier sind dann die römischen Interdicte mit ihren Modificationen, vielmehr die dabei entwickelten Rechtstheorien (denn auf diese, nicht auf die Klagnamen kommt es auch hier hauptsächlich an) allerdings noch von Anwendung, da sie wenigstens subsidiarisch, wo die Landesgesetze keine zureichende Bestimmungen enthalten, zur Richtschnur sowohl bei Anstellung der Klage und der Vertheidigung dagegen, als bei der Aburtheilung des Falles dienen.

Der Gegenstand der verschiedenen interdicta publica, so weit sie sich auf Sachen des gemeinen Gebrauchs, als Wege, Flüsse und sonstige Gewässer beziehen, ergibt, daß selbige zwar im Allgemeinen das Commerz betreffen, vorzugsweise jedoch auch für den Landwirthschaftsbetrieb geeignet sind, was denn auch hier das Verweilen dabei rechtfertigen wird. Es sind aber hiebei dreierlei Klagarten stattfindend: I. gegen Veränderungen des Zustandes der res publica bedient man sich bei öffentlichen Wegen und Plätzen des int. ne quid in loco publico vel itinere fiat (43, 8.); bei Flüssen und Gewässern des int. ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (43, 12.), oder ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit (43, 13.), und zwar directe und utiliter. II. Wenn etwa auch ohne eine solche Veränderung eine Verhinderung des Gebrauchsrechts eintritt, so ist für den ungehinderten Gebrauch der Wege ꝛc. zwar kein eigentliches Interdict gegeben, weil das Hinderniß eine andere Art der Rechtsverletzung, eine Injurie, enthält, (vergl. S. 230.), aber bei öffentlichen Flüssen ꝛc. directe

und

und utiliter das int. ut in flum. publ. navigare liceat, (43, 14.) anwendbar. III. Gegen eine verhinderte Wiederherstellung finden resp. das int. de via publica et itinere publico reficiendo (43, 11.) und de ripa munienda (43, 15.) Anwendung. Unterläßt also der Müller bei starken Regengüssen und einem in deren Folge entstehenden Anschwellen des Flusses, seine Nothschützen zu ziehen und verursacht dadurch eine Ueberschwemmung, wodurch die anliegenden Felder oder Wiesen beschädigt werden, so können sich die Grundbesitzer des int. ne quid in flumine publico, welches sowohl prohibitorisch als restitutorisch ist, bedienen *d*). Zieht jemand, um sein Grundstück vor dem Austreten des Flusses zu decken, eigenmächtig einen Damm am Ufer und verursacht dadurch, daß eine schädliche Stämmung und ein Austreten des Wassers entsteht, oder bewirkt er irgend durch eine Vorrichtung an oder in dem Flusse, daß das Wasser eine andere Richtung nimmt, so haben die Beschädigten, wenn etwa dem Unternehmen von Polizeiwegen nicht rechtzeitig vorgebeugt wurde, oder der Unternehmer dazu berechtigt zu seyn behauptete, die nämliche Klage *e*). Will dagegen der Grundstückbesitzer sein Ufer befestigen, und das Unternehmen gereicht nicht zur Störung der Flußschiffahrt oder Flößerei, selbiges wird ihm auch deswegen von der Flußpolizeibehörde, an die er sich vor allen zu wenden hatte, gestattet, es befürchten jedoch die Anlieger an der andern Seite des Flusses, daß das Wasser dadurch mehr auf ihre Seite gedrängt werden möchte, und hindern ihn deshalb in seinem Unternehmen: so kann er gegen sie, vorausgesetzt, daß er wegen des aus der Vorrichtung etwa entstehenden Nachtheils auf

*d*) L. un. §. 1 — 3. 9. 11. h. t. (43, 13.)

*e*) L. cit. §. 6.



Digitized by Google

zehen Jahre Caution aufrecht zu machen bereit ist, das int. de ripa munienda *f*) gebrauchen. Ohne diese Caution hätten die Angrenzer keine Schadensersatzklage, wenn sich auch in der Folge ergeben sollte, daß das Uferbefestigungswerk wirklich von schädlichen Folgen war. Sie könnten dann nur mit der Klage aus dem aquilischen Gesetz die Abstellung künftiger Beschädigungen bewirken *g*). Wird jemand, der vom Staate oder einer Commune das Recht der Fischerei in einem Fluß oder Teich gepachtet hat, durch irgend ein Unternehmen gestört, so bedient er sich nützlich des int. ut in flum. publ. navigare liceat *h*). Eben dieses Klagmittel steht dem zu, der daran verhindert wird, sein Vieh am Fluß oder See zur Tränke zu treiben, sofern er diese Befugniß anders ohne eine der Festigkeit des Ufers schädliche Vorrichtung ausüben kann *i*).

Auch von den int. de locis et itineribus publicis etc. ist noch jetzt bei Gericht Gebrauch zu machen, wenn z. B. jemand durch die Vorrichtung eines Andern auf einem öffentlichen Platze benachtheiligt wird, gesetzt, daß auch die Polizei dem Unternehmer kein Hinderniß macht. Legt also mein Nachbar sein Bauholz auf den öffentlichen Platz vor meiner Scheune und verhindert mich dadurch an der freien Ein- und Ausfuhr, so steht mir gegen ihn das interd. ne quid in loco publico zu *k*); man setzt aber voraus, daß er es ohne obrigkeitliche Erlaubniß gethan oder diese überschritten hat. Hat er selbige erlangt, so wird angenommen, daß die Behörde ohnehin auf mein Gebrauchsrecht Rücksicht genommen hat *l*).

*f*) L. un. §. 3. h. t. (43, 15.)
*g*) L. cit. §. 5.
*h*) L. un. §. 7. h. t. (43, 14.)
*i*) ibid. §. 8.
*k*) L. 2. §. 2—5. h. t. (43, 8.)
*l*) L. 2. §. 10. D. ne quid in loco publ.

Sollte dieß nicht geschehen, die Erlaubniß also erschlichen seyn, so würde mir vorbehalten bleiben, meine Reclamation auf Zurücknahme derselben bei der Behörde anzubringen.

Wenn übrigens h. z. T. der Fälle ungleich weniger sind, wo von den Interdicten über öffentliche Orte und Wege Gebrauch zu machen ist, als von denen, welche die Störung in der Benutzung öffentlicher Flüsse und Gewässer betreffen, so liegt der Grund in der Beschaffenheit des Gegenstandes selbst. Bei einer Veränderung an einem öffentlichen Platze oder Wege kommen ungleich weniger Interessen in Berührung, auch ist die eine Veränderung bewirkende Thathandlung minder folgenreich, als wenn in oder an einem Flusse etwas gebaut oder verändert wird. Denn hier hat man es mit einem unbändigen Elemente zu thun, dessen Wirkungen sich nicht so genau vorher bestimmen lassen, als wenn man zu nahe an die Landstraße ackert, die zu Fußwegen bestimmten Banquette beschädigt, oder an den Alleebäumen frevelt. Diese Beschädigungen sind denn auch leicht erkennbar, eine Aenderung des Standes der Dinge fällt jedermann in die Augen; nicht also was etwa zur Veränderung des Laufs eines Flusses oftmals ganz unmerklich geschieht, und erst in den Folgen sich veroffenbart. Der Müller, der Wässerungsberechtigte, der Uferbesitzer, können hier manches Unternehmen, das von wichtigen Folgen für den regelmäßigen Lauf des Wassers ist, verheimlichen; erst wenn die schädliche Wirkung eintritt, pflegt man nach der Ursache zu forschen und findet dann, daß ein unbedeutendes Bret die schädliche Stämmung, ein weggehauenes Gebüsch, ein unüberlegtes Graben und Auflockern des Ufers zur beabsichteten Cultivirung des Landes u. d. gl. einen bedeutenden Uferbruch verursacht hat. Eben darin liegt aber auch der Grund,

warum da, wo das Element des Wassers wirksam ist, die Reibungen zwischen mehrern Interessenten häufiger eintreten. Daher kann es geschehen, daß selbst eine sich als unschädlich ergebende Vorrichtung im Flusse oder am Ufer von dem bedenklichen Nachbar für nachtheilig gehalten wird, und zu Beschwerden und Weitläufigkeiten Anlaß gibt. Bei einem öffentlichen Platze, bei einer Landstraße dagegen sieht man sogleich, was geschehen ist, die Wirkungen sind unzweifelhaft und daher die Ahndung von Seiten der öffentlichen Behörde, weil sie das Geschehene selbst sofort wahrnimmt, oder ein mittel- oder unmittelbar Betheiligter als Denunciant auftritt, ebenso unausbleiblich als unbedenklich. Handelt es sich aber bloß um den gehinderten Gebrauch, so wird zu einer andern als allenfalls zu einer Injurienklage gegen den Störer wohl selten Anlaß seyn. Seitdem also keine Popularklagen mehr gebräuchlich sind, sind wenigstens die interd. de locis et itin. publ. in ihren meisten Beziehungen unpractisch zu nennen.

Uebrigens leidet es keinen Zweifel, daß nach Umständen in dieser Materie von der Vertheidigung öffentlicher Rechte auch von andern petitorischen und possessorischen Klagmitteln Gebrauch zu machen ist.

Digitized by Google

# Register.

Anm. Die Zahlen gehen auf die Seiten.

## A.


Acceſſionen, können weder vor noch nach der Hauptklage beſonders eingeklagt werden 58. 185.

Accessio possessionis bei dem int. de itinere actuque priv. 231.

Actio aquae pluviae arcendae 26 ff. 53. 174. 198. 444.

— ex L. aquilia 84. 87. 403. 410 ff. 424 f. 429. 456. 478.

— communi dividundo 55. 68. 96. 129. 174. 176. 178. 383 ff. 447.

— confessoria ſ. Confeſſorienklage.

— — directa, utilis 208. 210.

— de dolo 27. 55. 186. 405 ff.

— de effusis et dejectis 404.

— emphyteuticaria 318.

— de eo quod certo loco 56.

Actio ad exhibendum 53. 74. 174. Deren verſchiedene Beziehungen, a) als präparatoriſches Rechtsmittel, 465. b) als Hauptklage. 467.

— in factum de calumniatoribus 415.

— in factum de dolo 407.

— familiae erciscundae 55. 96. 381.

— finium regundorum, — pro vindicatione rei est 95. 174. 387 ff. Verfahren dabei 396.

— hypothecaria ſ. Hypothekarklage.

— — utilis 327.

— ex Judicato, heutiger Gebrauch 88.

— locati et conducti 366 ff.

— major (pinguior) — minor 86.

— negatoria ſ. Negatorienklage.


Digitized by Google

Actio negatoria absoluta et restrictiva 206.
— — de stillicidiis et fluminibus 26.
— de pastu 427 f.
— pauliana 210.
— de pauperie 426 f.
— pigneratitia directa et contraria 321. 338.
— de positis et suspensis 404.
— publiciana ſ. publiciana.
— — negatoria 174. 218.
— de recepto 404.
— in rem utilis aus der Emphyteuſe 317.
— ex L. rhodia de jactu — und Analogien derſelben, 458 ff.
— de servo corrupto 415.
— serviana und quasi serviana 320.
— spolii ſ. Spolienklage.
— ex stipulatu de damno infecto 129. 450.
— de tigno juncto 176 f.
— viae receptae 418 ff.
Actiones adjectitiae qualitatis 61.
— arbitrariae 55 ff.
— bonae fidei 49. 55.
— civiles, honorariae 59.
— condictitiae 46.
— directae, contrariae 50.
— in factum 46. 54. 60.
— fictitiae 50.
— generales 57 f.
— mixtae 50 f.
— perpetuae 91.
Actiones in personam 39. ſ. perſönliche Klagen.
— poenae persecutoriae 50. ſ. Pönalklagen.
— praejudiciales ſ. Präjudicialklagen.
— praeparatoriae ſ. präpar. Klagen.
— rei persecutoriae 50.
— in rem 39. ſ. dingliche Klagen.
— — — scriptae 53. 202.
— singulares 57 f.
— strictae, stricti juris 49. 53.
— temporales 91.
— universales, generales, singulares 57 f.
— vindictam spirantes 90.
Adhäſionsproceß 400.
Adjectitia qualitas 61.
Adjudicatio, als Erwerbsart des Eigenthums 171 f. 358. — einer Servitut 221.
Adminiſtrativ - Forum, partikularrechtliches, bei Regalien 271.
Adminiſtrativjuſtiz 261. 271. 475.
Aestimatio litis 177.
Aeußerſtes Recht des Staats 256.
Altentheil 279 ff. Behandlung in Concurs- und Subhaſtationsfällen 282 f. — beſ. 370 ff. Klagen daraus 379.
Alternatives Recht 83.
Analogien, Vorſicht bei Schlüſſen daraus 459.

Digitized by Google

Animus domini 107. 109. 131. — possidendi 108. — sibi habendi 106. ſ. Beſitz.
Anticipationen, Vorſicht dabei 187.
Auctoris laudatio, ſ. nominatio.
Aufhebung der Klagen: durch deren Anſtellung 77 ff. durch deren Nichtanſtellung bei ſubjectiver Concurrenz 80 ff. Ausnahme 81. bei objectiver Concurrenz, Regeln 82 ff. durch den Tod 89 ff. durch Verjährung 91 ff. ſ. Dauer der Klagen.
Augenſchein 227. 396.
Ausnahme ſ. Altentheil.
Auswahl der Klagen, Regeln dafür, 7 ff. Nothwendigkeit einer ſorgfältigen und Beiſpiele 23 ff.

## B.

Bannrechte 274 f.
Bauergüter, Arten 285. in Bayern 289.
Bauweſen, polizeiliche Beſchränkungen dabei 256. 451. ſ. auch operis novi nunc.
Beneficium excussionis personale 344. — reale 335.
Bereicherung, ungebührliche 404. 457.
Beſitz, Hauptgrundſätze davon, 105 ff. Fortſetzung deſſelben bei Immobilien solo animo 149.
Beſitzklagen 114. 122 ff. 143 ff. 239. 277. ſ. auch int. possessoria.
Beſitzſtörung 114. — bei Gerechtigkeiten des modernen Rechts 121. — verſchiedene Arten derſelben 128 f. Sicherung gegen künftige 133 f. Zuſammentreffen mit einer Beſitzentſetzung 146.
Beſitzſtreitigkeiten unter Gemeinden, Verfahren dabei 140 f.
Beweislaſt, Einfluß des Beſitzes auf ſie 216 ff. ſ. auch Hyp. Klage, rei vind., Negatorienklage, nominatio auctoris, Servitutklagen.
Bodenzins 287. — Güter 293. 295.

## C.

Caducitäts- (Abmeierungs-, Expulſions-) Recht 289. 291. 294.
Calumnieneid 436. 447.
Causa petendi ſ. Klaggrund.
Cautio damni infecti, 25 ff. 129. 197 f. 234. 237. 445 ff. Dauer derſelben bei Waſſerbau-Unternehmungen 482.
Cautio de non amplius turbando 133 f. 207.
— de op. novo demoliendo 438.
Census reservativus 285. — constitutivus 287. 293.

Digitized by Google

Civilbesitz 108. — einer Servitut 209.
Colonatrecht 285. 290. 295.
Concurrenz der Klagen 23 ff. 66 ff. subjective 70. 80 f. objective (cumulative, successive, elective) 67 ff. 82. ff. subjective ex causa lucrativa 81.
Condictiones 46. ex lege 59.
Confessorienklage aus dem Nachbarrecht 197. aus Servituten 205 ff. 234 239 — wird utiliter auf deutsche servitutähnliche Institute angewendet 243 ff. bei Gewerbsstreitigkeiten 273 f. aus Reallasten 314 ff. 433.
Confirmation, richterliche, bewirkt die Publicität eines Rechtsgeschäfts 281. 306.
Cumulation der Klagen 69 ff. der Hyp. mit der Darlehens ꝛc. 345. der Theilungs- mit der Eigenth. Klage 384.

D.

Damnum infectum 445 f.
— injuria datum 398. 402.
Dauer der Klagen 91 ff. s. Aufhebung; Klagverjährung.
Delicta privata 401. 403.
Delictsklagen 91.
Denunciatio 325. Note.
Detention 109. s. Besitz, Inhaben.
Dienstbarkeit s. Servitut.
Dienstboten s. Gesinde.
Dienste als Reallasten 299 ff.
Dingliche Forderungsrechte 277. 301.
Dingliche Klagen 39. deren Grund 40. Zweck ibid. 167 ff.
Distractio pignoris 332. 344.
Dolus 405.
Dominium directum, utile bei Bauergütern 288 f.
— eminens des Staats 256.
Doppelseitige Klagen 52. 383.
Dorfpolizei 253. 442.

E.

Eigenthum, vermuthliches, prätorisches oder publicianisches 173.
Eigenthums-Beschränkungen durch jura in re 192 f. aus dem Nachbarrecht 193 ff. Klagen zur Behauptung oder Ablehnung derselben 197 f. hinsichtlich der Veräusserung s. Veräusserungsbeschränkungen.
Eigenthumserwerb bei Immobilien 168 ff. durch richterlichen Zuschlag 171 f.
Eigenthumsklage, bei Immobilien h. z. T. seltner 168 ff begreift die rei vind. u. negatoria in rem actio 171. s. diese.
Einstandsrecht 202.
Eintragung in öffentliche Bücher, eine Art symbolischer

Digitized by Google

Uebergabe 341. ſ. Hypothekenbücher, Oeffentlichkeit.
Emphyteuſe 301. 317. f.
Emphyteuta, Beſitz deſſelben 110. 288.
Erbzinsrecht und Güter 285. 293. 295. 318.
Erſitzung ſ. Verjährung.
Exceptio doli 54. 188.
— dominii 174. deren Beweis, wiefern vortheilhaft 179 f. — Justi bei der publiciana 190.
— pacti, unzuläſſig beim int. de vi 153. und de precario 159 f. — praejudicialis 42.
— precarii 161.
— rei venditae et traditae 189.
— vitiosae possessionis 109. 113. 127. deren Wirkung bei dem int. uti possidetis 132. 145. 237.
Expulſion des Pächters 363.
Extinctivverjährung ſ. Klagverjährung.

## F.

Fauſtpfand 319. dingliche Klage bei demſelben 347. ſ. Pfandrecht. Pignus.
Feuerſchäden, Vergütung dafür 460 f.
Fictus possessor. 184. bei der a. ad exhib. 464.
Flußcorrectionen, Schadensabgleichung dabei 463.
Formula 47. partes 48.
Frevelſachen 398. 435. 442. 476.
Frohnen ſ. Reallaſten.
Früchte 187. Pfandrecht an denſelben 325.
Fructus percipiendi 187.
Fundamentum agendi proximum u. remotum 34. ſ. Klaggrund.

## G.

Gatterzins 293. Note.
Gegenſtand der Klage 34. 83 ff.
Gemeindeverband, Freiheitsbeſchränkungen daraus 265 f.
Gemeinheitstheilungen 222. 386.
Gemiſchte Klagen 51 ff. 382.
Gerechtigkeiten im e. S. (Privilegien, Gewerbsrechte ꝛc.), deren Quaſibeſitz 245. Anwendung der Servitutklagen ib. Grenzſcheidung derſelben 387.
Gerichtsbarkeit, als Gutsannexum und Gegenſtand des Quaſibeſitzes 121. — als Freiheitsbeſchränkung 267 ff.
Geſetzliche Servituten ſ. Servituten.
Geſinde, Schadenszufügung durch ſelbiges 422.
Gewalt, regierende 254. geſetzgebende 257. Grenzen der regierenden und richterlichen 260 f.
Gewerbe, perſönliche, reale und radicirte 272 f.
Gewerbsrechte 247. perſönliche und reale 272. Klagen dar-

Digitized by Google

aus 274. Quasibesitz derselben ib. s. Gerechtigkeiten.
Gewerbsstreitigkeiten 273 f.
Gilten 297. 305.
Grenzen der richterlichen und regierenden Gewalt 261.
Grenzscheidungsklage 95. 387.
Grund der Klage s. Klaggrund.
Grundeigenthum, dessen größere Sicherheit bei der heutigen Verfassung 168 ff. 216.
Grundzinsen 297. 305.
Gutsherrschaft 284.

## H.

Handlohn 285. ob eine Reallast 298.
Handlungen, unerlaubte, rechtswidrige 65. 114.
Hauptklage im Gegensatze von Präjudicial- und präparatorischer 84. 89. — von Nachklage 88.
Hoheitsrechte 246 f.
Holzungsrecht 251.
Hypothek, Unterschied derselben vom Faustpfand 319. 347.
Hypothekarklage gegen den dritten Besitzer 41. 202. 320. Erfordernisse u. Zweck 343 ff. Beweislast 348 f. Dauer 98. 345. 349. 369. 379.
Hypothekarische Succession 334. Note f.
Hypothekenbücher 169 f. 203. 281 f. 293. 307 f. 325. 334. Organismus derselben 340 ff.

## I.

Impensae, deren Arten und Ersatz bei der Reivindication 188. beim Pachtcontract 361.
Imploratio officii judicis, statt einer förmlichen Klage 89. 227. 332. 347. 390. 436. 447. 466.
Inhaben 106. 107. 110. s. Detention.
Injuria 402.
Interdicta 62 ff. sind nicht identisch mit possessorischen Klagen 114.
— duplicia 131.
— exhibitoria, restitutoria, prohibitoria 62 f.
— possessoria 65. 105 ff. 113 ff.
— privata, publica 63 f. Arten der privata 64 ff.
— publica 64. 469. Heutige Praxis 476 ff. — 479 ff. s. auch öffentliche Rechte.
— recuperandae possessionis 114. 137. 143 ff.
— retinendae possessionis 114. 122 ff. 137. 145. 146. 239.
— veluti possessoria 120. 228 ff.
Interdictenbesitz 108. 112. 320.
Interdictum de aqua quotidiana vel aestiva 120. 235. 236.
— de arboribus caedendis 49. 174. 196.
— de fonte 120. 236.
— — — reficiendo. 120. 236.
— fraudatorium 210.

Digitized by Google

Interdictum de glande legenda 49. 174. 196. 198.
— de itinere actuque privato 120. 228 ff. Erforderniſſe 231.
— de itinere, quo venditor usus est 232.
— — — actuque reficiendo 120. 232.
— de migrando 369.
— de precario. 25. 114. 143. beſ. 157 ff. die exc. pacti iſt dagegen unzuläſſig 159.
— quod vi aut clam. 26. 27. 28. 53. 119. 198. 239. 321. 388. 440.
— de rivis 120. 236.
— salvianum 153. 320. beſ. 349 ff. 369.
— quasi salvianum 350.
— de superficiebus 116.
— ne vis fiat ei, qui in poss. missus est 130. 449.
— unde vi 114. Erforderniſſe 144 ff. die Einrede des vitioſen Beſitzes findet nicht ſtatt dagegen 145. Cumulation deſſelben mit dem interd. ret. poss. 146. vis atrox 147. activer und paſſiver Uebergang auf die Erben 149. Zweck 150. Dauer 152. Die exceptio pacti iſt unzuläſſig dagegen 153. Verhältniß zur Spolienklage 154 ff. juram. zenonianum beim Beweiſe deſſelben 157. 239. 358.
— uti possidetis 114. Eigenſchaften und Erforderniſſe 126 ff. Beweislaſt 131. iſt ein int. duplex ib. Zweck 133. Zuſammenhang mit dem Summariiſſimum 134 ff.
— gleich poss. ordinarium 138. 232. 239.
Interimswirthſchaft 378.
Judicia divisoria 172. ſ. Theilungsklagen.
— duplicia 52.
— singularia 177.
Judicium communi dividundo ſ. actio comm. div.
Jura in re aliena 192 f. ſ. dingliche Rechte.
Juramentum in litem, Fälle ſeines Gebrauchs 87. 151. 184. 418. 442. 467.
— zenonianum 151.
Juris vindicatio 175.
Jus aquaeductus 120.
— aquae hauriendae et pecoris ad aquam adpulsus 120.
— eminens 256.
— offerendi 334. Einfluß des Inſtituts der Hypothekenbücher darauf ib. sq.
— reficiendi 234.
— superficiarium 116.
— variandi 83. 335.

## K.

Klagen, Grundſätze und Regeln über deren zweckmäßige Auswahl und Behandlung 7 ff. Begriff 8. 18. 33. die

Digitized by Google

Kenntniß ihrer verschiedenen Arten ist noch jetzt practisch 8 ff. 430 f. in wiefern es auf deren Namen ankommt 10 ff. 19 f. 480. Aehnlichkeit mit einem Syllogismus 13. Bestandtheile 34 ff. Arten 38 ff. wann actio nata ist 79. f. auch actio, Aufhebung, Concurrenz, Cumulation, Dauer ꝛc.
Klaggrund, nächster und entfernter 34. Aufführung desselben im Klaglibelle 34 ff. insbes. des entfernten bei Realklagen 36 f.
Klagverjährung, allgemeine Grundsätze und Regeln 91 ff. ob bona fides dazu nöthig 93. Unterbrechung 94. — Besondere Regeln 98.
Kriegsschädenperäquation 462.

## L.

Laudemium s. Handlohn.
Legitimatio ad causam bei den Servitutklagen 214. — ist nur ein ergänzender Theil des Haupbeweises 215.
Leibzucht, gesetzliche 377. s. auch Altentheil.
Litigiosa possessio 138.

## M.

Mildrichterliches Amt, dessen Grenzen 29.
Missiones damni infecti causa 449.
Momentaneum possessor. 139.

## N.

Nachbarrecht s. Eigenthumsbeschränkungen.
Nachklage 88.
Näherrecht 202.
Name der Klagen s. Klage.
Nata actio 79. Note m.
Naturalbesitz 109. 113. s. Besitz.
Neben- oder Folgegesuch 40. 185. 205 f.
Negatorienklage 28. 129. Verhältniß derselben zur Reivindication 171. 202. 196. 197. — hat zum Rechtsgrunde das Eigenthum 206. 212. Nebengesuch auf Cautionsleistung 206. Kläger 206. — Beweis 213 ff. analoge Anwendung auf deutsche servitutähnliche Institute 242 ff. auf Gewerbsstreitigkeiten 273 f. gegen die Anmaßung von Reallasten, bes. der Zehentgerechtigkeit 315. 433. 478.
Nießbrauch 110. Klagen daraus zur Behauptung von Prädialservituten 211. 279.
Nießbraucher, wiefern er zur O. N. nunc. befugt 436.
Nominatio s. laudatio auctoris 180. f. Beweislast dabei 181.
Noxae deditio 427.

Digitized by Google

## O.

Obereigenthum der Gutsherren 288 ff.
Oblatio liti 184.
Obligatio naturalis 96. 330.
Oeffentliche Rechte, Klagen zu deren Schutz 469 ff.
Oeffentlichkeit, Prinzip der 169. 203. 281. 341 ff. s. Hyp. Bücher.
Onera perpetua 276. 278. 303.
Operis novi nunciatio 129. 174. 198. 321. 388. 435 ff.
Organismus der Gewalten, deren Einfluß auf den Rechtsschutz 459. et rem.

## P.

Pachtcontract 354. Rechte und Verpflichtungen des Verpächters aus demselben 359. des Pächters 364. die Klagen daraus 366 ff.
Pactum de non alienando 369. — de ingrediendo 153. 320. 351. 363.
Peculium, als Object der Execution 421.
Persönliche Klagen, Grund, Zweck, Gesuch 45. 353 ff.
Petitorium 125. 230.
Petitum, drückt den Zweck der Klage aus 34. — kann nie darauf gerichtet werden, daß man dem Bekl. zu nichts verpflichtet sey. ib. — s. auch Nebengesuch.
Pfandrecht 302. Theorie 322 ff. deutschrechtliche Abweichungen 339 ff. Klagen zum Schutze desselben — petitorische 343 ff. possessorische 349 ff. s. auch Faustpfand, Hypothek, Hypothekarklage, pignus.
Pfandungsclausel 153.
Pfändung, das deutschrechtl. Institut der 451. Zweck und Erfordernisse 452 ff.
Pignus 319. s. Pfandrecht.
Polizeigewalt, deren Wirksamkeit bei der Concurrenz öffentlicher und Privatinteressen 194. 195. 230. 254 ff. 260. 370. 398 f. 434. 440. 442. 450. 459 f. 476 ff.
Pönalklagen, deren heutige Anwendbarkeit 50 f. deren Zusammentreffen mit reipersecutorischen 85. 87.
Popularklagen, obsolet 475 f.
Possessio justa, injusta (vitiosa) 108. 142. (s. exc. vitiosae poss.) vera 110. controversa 132. 138. momentanea 127. 136. Allegationen pro coloranda possessione 141. s. Besitz.
Possessorium ordinarium s. plenarium 125. 134. 138.
Präjudicialklagen 42 ff. 84. 89.
Präparatorische Klagen 84. 89.
Prätorisches Eigenthum 173.

Digitized by Google

Precarium 158 f.
Privationsklage 318.
Privatstrafen 50. 162 ff.
Privilegien 258. Schutz gegen Beschränkungen durch solche 259. Grenzen der richterlichen und gesetzgebenden Gewalt in Beziehung auf selbige 260 f.
Proprietätsrechte 288 ff. s. Reallasten.
Provisorium 123. 141.
Publiciana 112. 173. 174. bes. 189 ff. deren alternative Cumulation mit der rei vindicatio 192. als Servitutklage 208 ff.
Publicianisches Eigenthum 173.
Publicistische Beschränkungen der persönlichen und Eigenthumsfreiheit 254 ff.
— Rechte, sonst ein Gegenstand der Verfolgung in foro civ. 242. Note x.

## Q.

Quasibesitz 110. 112. 115. — h. z. T. wichtige Gegenstände desselben 121. — 191. 228 ff. 231. 237. 245. 271. 274. 277 ff.
Quasi dominium 191.

## R.

Reallasten, deren Character im Allg. 275 ff. selbstständige 292 ff. Arten der R. L. im engsten Sinn 297 ff. Erwerbung 306 ff. Uebertragung und Erlöschung 310 ff. Klagen 314.
Realprätendenten, deren Aufgebot ad effectum praeclusionis 173. 183.
Redejection 148.
Regalien 247. 270. Klagen daraus ib. 474.
Regierungshandlungen, Beschränkungen durch solche und möglicher Schutz dagegen 262 ff. zu deren Hemmung können weder poss. noch petit. Rechtsmittel dienen 271.
Rei vindicatio 123. 126. 171. 175 ff. utilis 177. 288.
Relocation, stillschweigende 356.
Remedium spolii 154 ff.
Remiß bei Grundzinsen 305.
Remissionspflichtigkeit des Verpächters 360.
Rentenkauf 286. 293 ff. 303.
Replica doli 220. 348. 406.
Replik, nicht zu anticipiren 187. 191. 209.
Res divini juris 469.
Res publicae nach römischer 470 f. nach heutiger Verfassung 474.
Restitutio in integrum 174.
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Retractsklage 202.
Reunionsklage 200.

Digitized by Google

## S.

Satisfactio publica et privata 400.
Schadens - Abwendungsmittel 433.
Schadenserſatzklagen 398 ff.
Schadenszufügungen, a) durch Menſchen in unſerer Gewalt 420 ff. b) durch Thiere 423 ff. c) durch lebloſe Gegenſtände 429.
Selbſthülfe, verbotene 145. 441. heutige Anwendbarkeit der röm. Privatſtrafen derſelben 162 ff. — erlaubte, bei der Pfändung 455.
Selbſtvertheidigung 112 f. 128.
Servituten 111. 115 ff. 221 ff. 252 ff. 257. Klagen aus römiſchen 220 ff. Veranlaſſung zu Conſtituirung einer nothwendigen und Verfahren dabei 224 ff. poſſeſſoriſche Klagen 228 ff. Klagen aus deutſchrechtlichen 240 ff. 302.
Specialität, Grundſatz der, bei Hyp. Büchern 333. 341 ff.
Spolienklage 130. 143. 154 ff. Verhältniß zum int. unde vi 155. 239.
Strafklagen ſ. Pönalklagen.
Summariissimum, deſſen urſprüngliche Idee und Tendenz 134 ff. Erforderniſſe u. heutige Anwendung 137 ff. Verfahren dabei 141 f. ſ. auch 146. 239.
Summariſche Klagen 62. nicht identiſch mit poſſeſſoriſchen Klagen 114 f.
Syndicatsklage 404.

## T.

Theilungsklagen 51 ff. 95. 172. 223. 380 ff.
Thiere, Schadenszufügungen durch ſie 423 ff.
Tignum junctum 176.
Triftrecht 250.

## U.

Universitas facti (rerum) 175. 323.
Uſucapionsbeſitz 108. 112. ſ. Civilbeſitz.
Uſufructuar ſ. Nießbraucher.
Utile tempus 93.

## V.

Veräuſſerungsbeſchränkungen 198. Klagen 199 ff.
Verjährung ſ. Klagverjährung.
Verkauf des Pfands 332. 347.
Versio in rem 385.
Viehtränkgerechtigkeit 120.
Vindicatio pro parte 177. servitutis 205.
Vis inquietativa, expulsiva 145. atrox 147.
Vorfluth 197.
Vorkaufsrecht 202.

Digitized by Google

## W.

Wahl s. Auswahl, Klage.
Waſſergerechtigkeiten 120. 235.
Wegegerechtigkeit, Arten und Klagen daraus 120. 229.
Weidegerechtigkeit 121. beſ. 248 ff.
Würderungseid s. juram. in litem.

## Z.

Zehenten 286. 297.
Zehentgerechtigkeit 121. 302. Klagen 315.
Zinſen, auferlegte 285. 295. ſchlechte 293. 295. wiederkäufliche 294. s. Bodenzins, Census.
Zurückbehaltungsrecht, Fälle deſſelben 188. 327. 339. 344. 364. 365. 446.
Zuſchlag s. Adjudication.
Zwangsrechte 274 f.

Digitized by Google

# Wichtige Anzeige für Juristen.

In meinem Verlage erschien:

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Herausgegeben von Dr. J. T. B. Linde, Großherzogl. Hess. Ministerialrathe in Darmstadt, Dr. Th. G. L. Marezoll, Großherzogl. Hess. Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und öffentl. ordentl. Professor des Rechts in Gießen, Dr. A. W. von Schröter, Großherzogl. und Herzogl. Sächsischem auch Fürstl. Reussischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und ordentl. öffentl. Professor des Rechts zu Jena. gr. 8. I. bis VI. Band. Ladenpreis eines jeden Bandes von 3 Heften 2 Rthlr. oder 3 fl. 36 kr.

(Der selige Hofrath Dr. von Wening-Ingenheim in München war thätiger Mitredakteur des 1—4. Bandes.)

Inhalt des ersten Bandes:

I. Ueber die Insinuation der Schenkungen, nach dem neuesten römischen Rechte. Von Marezoll. II. Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht. Von dem Oberappellationsrathe und Professor Dr. Zimmern zu Jena. III. Beitrag zu der Lehre über das Armenrecht im Prozesse. Von Linde. IV. Ueber die sogenannte legitimatio per testamentum. Von Marezoll. V. Von dem Beweise verneinender Sätze. Von Linde. VI. Ueber die rechtlichen Wirkungen der Deposition einer Geldschuld, in Bezug auf einen nachmals über das Vermögen des Schuldners ausgebrochenen Concurs. Vom Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. VII. Ueber die angebliche Legitimatio der Geschwister, ob und in wie fern eine solche wirklich im Römischen Rechte existirt? Von Marezoll. VIII. Beitrag zur Lehre über die Edition der Quittungen. Von Linde. IX. Bemerkungen zur Lehre von der dos. Von dem Geh. Rathe Professor Dr. von Löhr zu Gießen. X. Ueber den Beweis der Darleihung und Bezahlung einer Geldschuld. Von Linde. XI. Ist von Justinian durch die Novelle 18 blos die Legitima der

Digitized by Google

Descendenten, oder auch zugleich die der Ascendenten und Geschwister erhöhet worden? Von Marezoll. XII. Beiträge zur Lehre von dem Zeugenbeweise. Von Linde, XIII. Ueber den Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung. Von dem Landrichter Dr. W. H. Puchta zu Erlangen. XIV. Ueber die subjective Klagenhäufung. Von Dr. Müller, Professor zu Gießen. XV. Beitrag zur Lehre von der Klagenhäufung. Von Linde. XVI. Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts. Von von Schröter. XVII. Der Nießbrauch an dem peculium adventitium geht durch die Adoption für den leiblichen Vater nicht verloren. Von v. Wening-Ingenheim. XVIII. Beiträge zur Lehre von der Gültigkeit der Pfandveräußerungen. Von v. Wening-Ingenheim. XIX. Gehört zur Gültigkeit der Pollicitation die persönliche Gegenwart des Pollicitanten? Von Marezoll. XX. Mit welcher Klage kann der Fiscus oder sonstige Dritte auftreten, um sein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Exceptionsrecht geltend zu machen? Von Marezoll. XXI. Beiträge zur Lehre der Selbsthülfe. Von Linde. XXII. Ueber die Wirkung der Verjährung der Klagen. Von Dr. Heimbach, Professor zu Jena. XXIII. Beitrag zu der Lehre vom Kauf- und Tauschcontracte. Von Marezoll. XXIV. Ueber die Bedeutung und den Umfang der c. 25. C. de locato et conducto. 4, 65. Von Thon, Advocaten zu Eisenach.

Inhalt des zweiten Bandes:

I. Ueber Resolutiv-Bedingungen. Von Dr. Rieſſer in Hamburg. II. Ueber, mit dem Ehemanne gemeinschaftlich ausgestellte Schuldverschreibungen der Ehefrauen und deren rechtliche Wirkung. Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. III. Zu der Lehre von den so genannten Transmissionsfällen. Von Marezoll. IV. Ueber die mortis causa Donatio. Von v. Schröter. V. Beiträge zur Lehre über die Verjährung des Prozesses und der Litispendenz. Von Linde. VI. Beiträge zur Lehre über die Verjährung des Prozesses. Von Linde. (Beschluß der abgebrochenen Abhandlung Nr. V.) VII. Ueber den abgeleiteten Besitz. Von v. Schröter. VIII. Ueber Resolutiv-Bedingungen. Von Dr. Rieſſer in Hamburg. (Beschluß der abgebrochenen Abhandlung Nr. I.) IX. Geht durch erlöschende Verjährung wirklich nur die Klage, oder auch das derselben zum Grunde

Digitized by Google

liegende Recht unter? Von Dr. Bermehren, Oberlandesgerichts-Assessor in Hildburghausen. X. Geht durch erlöschende Verjährung wirklich nur die Klage, oder auch das derselben zum Grunde liegende Recht unter? Von Dr. Bermehren, Oberlandesgerichts-Assessor in Hildburghausen. (Beschluß der abgebrochenen Abhandlung Nr. IX.) XI. Ueber die äußere Form des emphyteuticarischen Contractes. Von Marezoll. XII. In wie weit kann, nach römischem Rechte, ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator erhalten hat, sich ohne den Consens dieses seines Curators durch Verträge klagbar verpflichten? Von Marezoll. XIII. Ueber die Klage des Verkäufers von Staatspapieren auf Zeit gegen den säumigen Käufer. Von Dr. Ed. Fr. Souchay, Advokaten zu Frankfurt a. M. XIV. Beiträge zur rechtlichen Beurtheilung des Verkehrs mit Staatspapieren. Von Linde.

## Inhalt des dritten Bandes:

I. Ueber das Prinzip zur Lösung der Frage: ob bei Gewissensvertretungen eine Gegenbeweisführung auf Seite des Deferenten zulässig sey? Von Linde. II. Beiträge zur rechtlichen Beurtheilung des Verkehrs mit Staatspapieren. Von Linde. (Fortsetzung der im zweiten Bande abgebrochenen Abhandlung.) III. Betrachtungen über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige und über das Verfahren bei dessen Aufnahme. Von dem Landrichter Dr. W. H. Pucha zu Erlangen. IV. Der Arzt als Zeuge. Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. V. Bemerkungen über die Lucra nuptialia, nach dem neuesten justinianeischen Rechte. Von Marezoll. VI. Beiträge zur Lehre von den Substitutionen in letztwilligen Verfügungen. Von v. Wening-Ingenheim. VII. Beiträge zur Lehre von den Substitutionen in letztwilligen Verfügungen. Von von Wening-Ingenheim. (Fortsetzung der abgebrochenen Abhandlung Nr. VI.) VIII. Kann derjenige, welcher den Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung führen darf, von dem Gegner fordern, bei Gericht einen ihm zu diktirenden Aufsatz niederzuschreiben? Beantwortet von dem Geheimenrathe und Professor Dr. Mittermaier zu Heidelberg. IX. Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise. Von Linde. X. Ueber verschiedene Rechtsfragen in Bezug auf Einkaufs- und Verkaufs-Commission von Staatspapieren. Von Dr. Ed. Fr. Souchay, Advokaten in Frankfurt a. M.

Digitized by Google

XI. Beiträge zu der Lehre von der Vormundschaft der Mutter und Großmutter über ihre Kinder und Enkel. Von dem Obergerichtsanwalte und Rathe Emmerich zu Hanau. XII. Beitrag zur Erörterung der Frage: Versagt das römische Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht? Von dem Hofgerichtsadvokaten Bopp in Darmstadt. XIII. Kann der Bürge die exceptio excussionis vorschützen, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners Concurs ausgebrochen ist? Von dem Dr. W. Sell in Gießen. XIV. Ueber das Wesen und über einige Eigenthümlichkeiten der Scriptura nach dem neuesten römischen Rechte. Von Marezoll. XV. Ueber die aus dem Mangel der Legitimation zur Sache entstehende Nichtigkeit. Von Linde. XVI. Ist die Bedingung die Religion zu ändern, oder dieselbe nicht zu ändern bei bürgerlichen Rechtsgeschäften als zulässig, oder nicht, zu betrachten? Von Dr. Jäger, Assessor bei dem Obergerichte zu Marburg. XVII. Ueber verschiedene Geschäfte mit Staatspapieren und die Frage: ob sie klagbar, oder, als Spiel oder Wette, unklagbar sind? Von Dr. E. F. Souchay, Advokaten zu Frankfurt a. M. XVIII. In wie fern geht die Querela inofficiosi Testamenti auch unvorbereitet auf die Descendenten des pflichttheilsberechtigten Descendenten über? Von Marezoll. XIX. Ueber Verträge mit dem Fiscus. Von Marezoll. XX. Ueber den wahren Sinn der const. 33. pr. C. 3, 28. Von Marezoll. XXI. Ueber das Recht des correus debendi von dem andern correus theilweisen Ersatz der gezahlten Correalschuld zu verlangen. Von Dr. W. Sell in Gießen. XXII. Ueber die Vollstreckbarkeit eines von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Erkenntnisses. Von dem Oberappellationsgerichtsrath Dr. Spangenberg in Celle. XXIII. Sind die Erfordernisse der sogenannten außerordentlichen Eigenthumsersitzung nach den Regeln zu bestimmen, die von der ordentlichen Eigenthumsersitzung gelten, oder nach denjenigen, welche von der Klagenverjährung gelten? Von Professor Dr. Fritz zu Freiburg.

## Inhalt des vierten Bandes:

I. Ueber die Appellation von Beiurtheilen. Von Linde. II. Ueber das Recht des correus debendi, von dem andern correus theilweisen Ersatz der gezahlten Correalschuld zu verlangen. Von Dr. W. Sell in Gießen, (Beschluß der in

Bd. III. H. 3. Nro. XXI. abgebrochenen Abhandlung.) III. Ist der Pfandgläubiger, welcher ein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor dieselbe vom Gemeinschuldner erworben wurde, Separatist? Von dem Dr. F. C. Th. Hepp, Professor in Bern. IV. Ueber die bei Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes. Von Marezoll. V. Ueber die Regel: Dies interpellat pro homine. Von v. Schröter. VI. Ueber den Verlust der Privilegien durch Nichtgebrauch. Vom Professor Dr. Fritz in Freiburg. VII. Ueber richterl. Prüfung des Gegenbeweises, selbst nach verfehltem Hauptbeweise. Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. VIII. Ueber die Appellation von Beiurtheilen. Von Linde. (Beschluß der abgebrochenen Abhandlung Nro. I.) IX. Beiträge zu der Lehre über die außergerichtliche Appellation. Von Linde. X. Ueber die Appellation von Beiurtheilen nach dem Prozeßrechte des Großherzogthums Hessen. Von Linde. XI. Rechtsverhältnisse in Beziehung auf fremde Thiere. Von Professor Dr. Gesterding in Greifswald. XII. Beitrag zur Erörterung der Frage: Ist eine Privat-Urkunde, welche durch ein bloßes Handzeichen unterzeichnet ist, recognoscibel? Von dem Hofgerichtsadvokaten Bopp zu Darmstadt. XIII. Vom Eid über Glauben, als Beweismittel im bürgerlichen Prozeß. Von dem Hofgerichtsadvokaten Rühl in Darmstadt. XIV. Der Richter ist befugt, den angeblichen Aussteller einer eingereichten Urkunde, wenn er sie geschrieben zu haben läugnet, etwas im Gerichte schreiben zu lassen; gegen den Aufsatz des Herrn geheimen Raths und Professors Mittermaier in dieser Zeitschrift. Vom Tribunalsrathe und Professor Schweikart zu Königsberg. XV. Ueber die in Kurhessen aufgestellten Grundsätze, hinsichtlich der Leistung der von ausländischen Behörden begehrten Rechtshülfe. Von Dr. Jäger, Assessor beim Obergerichte zu Marburg. XVI. Noch einige Bemerkungen über den Begriff des animus possidendi. Von Professor Dr. Guyet in Heidelberg. XVII. Ueber die Umwandlung einer obligatio in solidum in eine obligatio pro parte durch den Gebrauch des auxilii divisionis. Von v. Wening-Ingenheim. XVIII. Ueber die angebliche Indignität der Geschwister, aus der Nov. 22. Cap. 46 und 47. Ein Beitrag zu der Lehre von den Nachtheilen der zweiten Ehe. Von Marezoll. XIX. Ueber das neue Vorbringen in der höhern Instanz. Von Linde.

Digitized by Google

## Inhalt des fünften Bandes.

I. Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte? Von Dr. Lauk, Privatdocenten in Würzburg. II. Das testamentum ruri conditum in Deutschland. Von dem Professor Dr. Fritz in Freiburg. III. Articulans an fateatur? Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. IV. Einige Bemerkungen über Obligationen und Coupons au porteur. Von dem Dr. E. F. Souchay Advokaten zu Frankfurt am Main. V. Ueber l. 7. §. 2 und 3. D. depositi (16, 3.) und l. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5.). Von dem Obergerichtsanwalte Rath Emmerich zu Hanau. VI. Zu der Lehre von den Legaten ad pias causas. Von Marezoll. VII. Ueber Provisorien, mit besonderer Rücksicht auf Verminderung der Prozeßübel. Von dem Landrichter Dr. W. H. Puchta in Erlangen. VIII. Ueber die Nothwendigkeit mit dem Urkundeneditions-Gesuch eine genaue Bezeichnung der zu edirenden Urkunde zu verbinden. Von dem Hofgerichts-Advokaten Bopp in Darmstadt. IX. Einige Bemerkungen über die Frage: ob gegen einen Licitanten, welcher seine Mitlicitanten durch Versprechungen, vom Uebergebot abgehalten, eine Klage des Verkäufers auf Entschädigung statt findet? Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. X. Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit neuer Gesetze über die Volljährigkeit. Von Linde. XI. Ueber das pactum reservati dominii. Von dem Geheimen-Canzlei-Secretair von Getzo in Braunschweig. XII. Ueber die Erhöhung des Pflichttheiles für die Descendenten durch die Novelle 18. Von Marezoll. XIII. Ueber das Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers, nach eröffnetem Concurse über das Vermögen seines Schuldners. Von dem Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. XIV. Die Reste der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im teutschen gemeinen Civilprozesse. Von dem Hofrathe Dr. Steiner zu Kleinkrotzenburg. XV. Ueber den rechtlichen Werth der Zugeständnisse des Gemeinschuldners hinsichtlich der an die Concursmasse erhobenen Ansprüche. Von dem Hofgerichtsadvokaten Rühl in Darmstadt. XVI. Hat der Gläubiger eine Klage gegen den Bürgen, wenn er durch eigenes Verschulden von der Concursmasse des Hauptschuldners ausgeschlossen worden ist? Von Dr.

Digitized by Google

Jäger, Assessor bei dem Obergerichte in Marburg. XVII. Beitrag zur Erörterung der Frage: Welchen Einfluß äußert die Anstellung eines Editions-Gesuchs gegen den dritten Besitzer einer Urkunde auf die Hauptsache hinsichtlich ihres Fortgangs? Von dem Hofgerichtsadvokaten Bopp zu Darmstadt. XVIII Ueber Bedingung, Modus und nudum Præceptum in einer letztwilligen Disposition. Von Linde. XIX. Giebt res judicata im Eigenthumsprocesse einen neuen Rechtsgrund zur Ersitzung? Vom Dr. August Danz, Privatdocenten der Rechte in Jena. XX. Beiträge zur Lehre von der hypothekarischen Succession. Von Linde. XXI. Zur Lehre von der Alimentation der unehelichen Kinder, insbesondere der Adulterini. Von v. Schröter. XXII. Ueber die Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae. Von dem Dr. K. A. Schneider zu Stralsund. XXIII. Zu der Lehre von den Nachtheilen der zweiten Ehe. Von Marezoll. XXIV. Worin besteht bei Servituten, die mit dem verkauften Grundstück auf den Käufer übergehen sollen, die Verpflichtung des Verkäufers zu tradiren. Von dem Oberappellations-Gerichts-Rathe Dr. F. v. Lindelof zu Darmstadt. XXV. Von dem Unterschiede zwischen dem Verzichte auf das eingeklagte Recht selbst, und dem Fallenlassen der bisherigen Verhandlungen. Von Demselben. XXVI. Ueber die Intervention in der Instanz der Rechtsmittel. Von Linde. XXVII. Kleine civilistische Bemerkungen. Von Marezoll.

## Inhalt des VI. Bandes 1. Heft.

I. Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edikt der Aedilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria. Von Dr. Gesterding Professor in Greifswald. II. Verliert durch nachfolgende Verzeihung und Versöhnung eine faktisch vorhandene Enterbungssache ihre Wirksamkeit. Von Marezoll. III. Ueber Wesen und Umfang der in integrum restitutio. Von von Schröter.

## Inhalt des VI. Bandes 2. Heft.

IV. Zweifel gegen die Theorie vom abgeleiteten Besitz. Von W. Bartels Advokat in Hildesheim. V. Nachtrag zu den Beiträgen zur Lehre von der hypothekarischen Succession. Von Linde. VI. Praktische Bemerkungen processualischen In-

Digitized by Google

halts. Von Dr. Spangenberg Oberappellationsrath in Celle. VII. Beweis daß das bei der letztwillig-gemachten Bedingung der Viduität entstehende stillschweigende Pfandrecht in Justinians Novelle wirklich begründet sey. Von Dr. Kämmerer Professor in Rostock. VIII. Ueber die Hypothek aus der Novelle 22. Kap. 44. Mit Rücksicht auf die unmittelbar vorausgehende Abhandlung. Von Marezoll.

(Die Fortsetzung erscheint bald.)

Es hat in neuerer Zeit gewiß nicht leicht eine juristische Unternehmung, unter Mitwirkung so vieler ausgezeichneter Gelehrten, eine so überaus günstige Aufnahme gefunden als die hier angezeigte. Ein Blick in den obigen reichhaltigen Inhalt wird das Gesagte um so mehr darthun, als diese rein wissenschaftliche Zeitschrift für jeden Juristen beinahe unentbehrlich, und dies Unternehmen unstreitig als ein wahrer Gewinn für die Wissenschaft zu betrachten ist. Die raschefte Fortsetzung vermag ich in der bisherigen, auch rücksichtlich des Drucks und Papiers wirklich schönen äußern Form zuzusagen, und sind die Veranstaltungen getroffen: daß in der Regel jährlich 3 einen Band bildende Hefte erscheinen.

Giessen im April 1833.

B. C. Ferber,
Universitäts-Buchhändler.

---

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

image
not
available